Die

Gesetzgebung des Deutschen Reiches

mit Erläuterungen.

In Verbindung mit

Prof. Dr. Endemann, Prof. Dr. v. Holtzendorff, Reichs-Ober-Handels-G.-Rath Dr. Puchelt, Generalstaatsanwalt Dr. v. Schwarze

und Anderen

herausgegeben

von

Dr. Ernst Bezold.

Erster Theil.

Bürgerliches Recht.

Band III,

enthaltend:

Civilprozeßordnung

für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz.

Erläutert

von

Dr. Friedrich Hellmann.

Erste Abtheilung.

Erlangen, 1878.

Verlag von Palm & Enke.

(Adolph Enke.)

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Civilprozeßordnung

für

das Deutsche Reich

nebst Einführungsgesetz.

Erläutert

von

Dr. Friedrich Hellmann.

Einleitung.

I.

Die allgemeine Reformbewegung auf dem Gebiete der civilprozessualen Gesetzgebung in Deutschland, welche identisch ist mit den auf Herbeiführung eines gemeinsamen Civilprozeßrechts für das gesammte Deutschland gerichteten Bestrebungen, geht in ihren Anfängen zurück in die Zeit des deutschen Bundes. Auf Anregung des Bundestages trat eine Sachverständigencommission in Hannover am 15. September 1862 mit der Aufgabe zusammen, den Entwurf einer allgemeinen deutschen Civilprozeßordnung auszuarbeiten. Die Commission beendigte im Jahre 1866 ihre Thätigkeit durch Vorlage des sogen. Hannover'schen Entwurfes, der sich an die „Allgemeine bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover" anschloß. Zur practischen Geltung gelangte dieser Entwurf nicht. Hiezu hatte ihm schon bei seiner Entstehung eine wesentliche politische Voraussetzung gefehlt, indem Preußen abgelehnt hatte, die Commission zu beschicken. Dennoch blieb derselbe nicht ohne practische Bedeutung. Man könnte ihn das Steinchen nennen, welches, in die Wellen der Reform- und Codificationsbestrebungen geworfen, stets weitere Kreise zog. Auf ihm als Grund baut der „Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund" (1870) fort, während neben ihm her wohl nicht ohne den Einfluß der auf seine Entstehung wirkenden Momente der „Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat" (1864) geschaffen ward und zwar mit der Tendenz „womöglich auch zur Herbeiführung einer gemeinsamen deutschen Gesetzgebung" zu dienen. (S. Einleitung zur Begründung dieses Entwurfes S. 1.) Auch von diesen Entwürfen wurde keiner zum Gesetze. Aber auch auf ihnen wurde weiter gebaut. Unmittelbar an den norddeutschen Entwurf knüpfte „der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung" an, der im Jahre 1871 im

preußischen Justizministerium ausgearbeitet war, nachdem durch Art. 4 Ziff. 13 der Verfassung des Deutschen Reiches sich die politischen Bedingungen der practischen Durchführung des Codificationswerkes aussichtsvoller als jemals gestaltet hatten. Im Mai des Jahres 1871 und zwar in der Sitzung vom 8. Mai beschloß der Bundesrath die Berufung einer Zehnercommission von Juristen zur definitiven Feststellung des Entwurfes einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Deutsche Reich, welche den ausdrücklichen Auftrag erhielt, ihren Berathungen insbesondere den Entwurf vom Jahre 1871 und den Norddeutschen Entwurf zu Grunde zu legen. Die Commission wurde nach Wahl des Bundesrathes aus folgenden Mitgliedern zusammengesetzt:

1) Königlich preußischer Geheimer Oberjustizrath und vortragender Rath im Justizministerium Dr. Falk zu Berlin.
2) Königlich preußischer Obertribunalsrath von Diepenbrock-Grüter zu Berlin.
3) Königlich preußischer Appellationsgerichtsrath Planck zu Celle.
4) Justizrath Dorn, Rechtsanwalt bei dem Obertribunal zu Berlin.
5) Justizrath von Wilmowski, Rechtsanwalt zu Breslau.
6) Königlich bayrischer Appellationsgerichtsrath und Referent im Justizministerium Dr. Gottfried Schmitt zu München.
7) Königlich sächsischer Geheimer Oberjustizrath Abeken zu Dresden.
8) Königlich würtembergischer Obertribunalsrath von Kohlhaas zu Stuttgart.
9) Großherzoglich badischer Ministerialrath im Justizministerium Dr. Albert Gebhardt zu Karlsruhe.
10) Großherzoglich mecklenburg-schwerinischer Ministerialrath von Amsberg zu Schwerin.

Als Schriftführer wurden der Commission beigeordnet:

der Königlich preußische Stadt- und Kreisgerichtsrath Hagens zu Danzig und

der Königlich preußische Kreisrichter Polenz zu Sprottau.

Am 7. September 1871 begann die Commission unter dem Vorsitze des königlich preußischen Justizministers Dr. Leonhardt ihre Thätigkeit in Berlin und vollendete dieselbe am 7. März 1872 durch Vorlage des mit allgemeiner und besonderer Begründung fertig gestellten Entwurfes der Civilprozeßordnung und eines Einführungsgesetzes an den Bundesrath. Von diesem wurde der Entwurf durchberathen und mit den für nöthig befundenen Abänderungen dem Reichstage im Jahre 1874 während der Herbstsession vorgelegt. In seiner 19. Sitzung vom 27. November 1874 trat der Reichstag in die erste Lesung des Gesetzentwurfes

ein und beschloß denselben zur weiteren Vorberathung an eine Commission von 28 Mitglieder zu verweisen. Im Hinblick auf die voraussichtlich lange Dauer der Commissionsberathungen beschloß der Reichstag ferner in derselben Sitzung auf Antrag des Abgeordneten Dr. Lasker den Bundesrath zur Vorlage eines Gesetzentwurfes zu veranlassen, nach welchem die geschäftliche Behandlung des Entwurfes der Prozeßordnung sowie der übrigen Justizgesetzentwürfe Seitens der Reichstagscommission über die Dauer der Session hinaus und in den künftigen Sessionen dem Reichstag selbst die Fortsetzung der Berathung ermöglicht würde. Die Vorlage des gewünschten Gesetzentwurfes geschah in der Sitzung vom 15. Dezember 1874 und fand die Zustimmung des Hauses. Am 23. Dezember wurde folgendes Gesetz publicirt:

§. 1.

Die vom Reichstage zur Vorberathung der Entwürfe eines Gerichtsverfassungsgesetzes und eines Einführungsgesetzes zu demselben,

einer Strafprozeßordnung und eines Einführungsgesetzes zu derselben sowie

einer Civilprozeßordnung und eines Einführungsgesetzes zu derselben

eingesetzte Commission ist ermächtigt, ihre Verhandlungen nach dem Schlusse der gegenwärtigen Session des Reichstags bis zum Beginne der nächsten ordentlichen Session desselben fortzusetzen.

§. 2.

Auf die Mitglieder der Commission finden für die Dauer der Commissionsverhandlungen die Bestimmungen der Artikel 21 Absatz 1, 30 und 31 der Reichsverfassung Anwendnng [1]).

§. 4.

In einer der folgenden Sessionen der gegenwärtigen Legislaturperiode tritt der Reichstag in die weitere Berathung der in §. 1 bezeichneten Gesetzentwürfe ein.

Vgl. Reichsgesetzblatt von 1874 S. 194 f.

Die Reichstagscommission constituirte sich sodann unter dem Vorsitze Miquél's und begann nach Erledigung der geschäftlichen Fragen in den vier ersten Sitzungen die Berathung des Entwurfes einer Civilprozeßordnung in der 5. Sitzung am 26. April 1875. Ueber die einzelnen Sitzungen der Commission, an welchen sich Regierungscommissäre betheiligten, wurde Protokoll geführt und dieses durch Drucklegung veröffentlicht. — Beim Wiederzusammentritt des Reichstags in der Herbstsession 1876 war

---

[1]) §. 3 enthält eine Bestimmung über die Entschädigung der Commissionsmitglieder.

die Reichstagscommission mit den Berathungen des Entwurfes zu Ende gekommen. Der Einfluß der Commission auf den Entwurf beschränkt sich auf redactionelle und materielle Abänderungen von untergeordneter Bedeutung. Der Standpunkt, welchen dieselbe dem Entwurf gegenüber einnahm, ist am besten aus den einleitenden Sätzen des schriftlichen Berichtes ersichtlich, den die Commission über ihre Berathungen und deren Resultate unterm 19. October 1876 an den Reichstag erstattete:

„Die gesammte Commission hat den von den verbündeten Regierungen vorgelegten Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung anerkannt als ein Gesetzgebungswerk von bestem Bau, in Ausdruck und Fassung der Sprache kurz, klar und übereinstimmend, in der Ordnung des Stoffes zweckmäßig und übersichtlich, vielleicht zu systematisch, in seinem materiellen Inhalt fast durchweg einheitlich, konsequent, harmonisch gestaltet.

„Wenn sich dennoch in der vorgelegten Zusammenstellung eine Anzahl theils rein redactioneller, theils wenig erheblicher sachlicher Aenderungen findet, so hat dieß großentheils seinen Grund entweder in der aus sachlichen Aenderungen an anderer Stelle sich ergebenden Consequenz oder in dem Streben nach Uebereinstimmung der Sprache und, wo ein Unterschied nicht gerechtfertigt erschien, auch des Inhalts der drei an die Commission verwiesenen Hauptgesetze. —

„Anlangend den materiellen Inhalt des Entwurfs, so hat eine große Mehrheit der Commission allen wesentlichen in sich zusammenhängenden und die Symmetrie des Ganzen bedingenden Bestimmungen zugestimmt, nicht blos den Grundlagen, auf die der Neubau des deutschen Civilprozesses errichtet ist, sondern auch der Construction des ganzen Gebäudes, seiner Einrichtung im Innern, den verschiedenen Arten des Verfahrens in erster Instanz, dem Verfahren in der Rechtsmittelinstanz ꝛc. bis zu dem den Prozeß abschließenden Vollstreckungsverfahren". —

Die Commission nahm an der Gestalt des Entwurfes, welche derselbe durch ihre Berathungen und Beschlüsse erhalten hatte, schließlich noch einige Abänderungen auf Veranlassung der vom Bundesrath über das Werk der Commission gefaßten Beschlüsse vor und ließ über diese Abänderungen dem Reichstag mündlichen Bericht erstatten. —

In der 11. Sitzung des Reichstags während der Herbstsession des Jahres 1876, am 18. November, wurde zur zweiten Berathung des Gesetzentwurfes geschritten und nach kurzer Debatte die Annahme desselben im Ganzen beschlossen. In der 18. Sitzung, am 27. November, erfolgte die zweite Lesung des Entwurfes eines Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung. Ueber das Gesetz wurde nach längerer Discussion im Einzelnen abgestimmt. Schlüßlich wurde dasselbe angenommen. Die dritte und letzte

Lesung des Entwurfes einer Civilprozeßordnung und eines Einführungsgesetzes hiezu fand in der 36. Sitzung des Reichstages am 21. Dezember 1876 statt, worauf beide Entwürfe im Ganzen zur endgiltigen Annahme gelangten. Beide Gesetze wurden durch den Kaiser am 30. Januar 1877 gezeichnet und im Reichsgesetzblatt vom 19. Februar 1877 mit Gesetzeskraft spätestens vom 1. October 1879 an publicirt. —

II [1]).

Man darf nicht erwarten, daß es der Gesetzgebung gelungen sei, die mannigfaltigen Prozeßsysteme, wie sie zur Zeit noch in Deutschland gelten, gegen einander auszugleichen und etwa unter Abstraction der allen gemeinsamen Principien ein Werk zu schaffen, mit welchem sich alle verwandt fühlen konnten. Ein Versuch dieser Art mußte sich von Anbeginn als fruchtlos erweisen Angesichts der prinzipiellen Verschiedenheit der in den deutschen Ländern herrschenden Prozeßsysteme sowie des in der Wissenschaft und Gesetzgebung entschieden hervortretenden Zuges zur Mündlichkeit des Prozeßverfahrens.

Die allgemeine Begründung des neuen Gesetzentwurfes sondert vier Gruppen von Prozeßsystemen, die bisher in Deutschland Geltung hatten, gegeneinander ab:

I. die neueren deutschen Prozeßgesetze, welche im Wesentlichen den Gemeinen Deutschen Civilprozeß zum Muster nahmen;

II. die neuesten auf den Civilprozeß bezüglichen Gesetze Preußens, wonach eine Art von Mündlichkeitsbeiwerk einem in der Sache schriftlichen Verfahren angefügt wurde;

III. den Code de procédure civile in den Rheinlanden und den Reichslanden und die ihm nachgebildeten Gesetze (bayer. Prozeßordnung; badische Prozeßordnung);

IV. die hannover'sche Prozeßordnung und ihre Nachbildungen (würtemb. Prozeßordnung. — Norddeutscher Entwurf).

Die beiden letzten Gruppen repräsentiren das System der Mündlichkeit des Verfahrens, wenn gleich beide in prinzipiell verschiedener Auffassung. Zwischen Schriftlichkeit und Mündlichkeit hatte sich der Gesetzgeber zu entscheiden.

Um ein Bild von dem Gegensatze des Schriftlichkeits- und Mündlichkeitsprinzips zu gewinnen, kann man kaum zweckmäßiger verfahren, als es in der allgemeinen Begründung des Entwurfes geschah, indem eine Uebersicht der leitenden Sätze des Verfahrens durch die Zusammenstellung der

[1]) Die folgende Uebersicht der Grundzüge des neuen Verfahrens ist nach der „allgemeinen Begründung" des Entwurfs der Civilprozeßordnung zusammengestellt.

Hauptprozeßstadien und Nachweisung jener Sätze innerhalb derselben gegeben wurde.

Dabei kann von einer Beleuchtung des gemeinrechtlichen Prozesses ganz abgesehen werden. Denn hier erscheint die Schriftlichkeit in einer Weise ausgeprägt und abgeschlossen, daß ein Bedürfniß nach Klarstellung ihres Gegensatzes — der Mündlichkeit — nicht besteht. Wohl aber kann ein solches Bedürfniß angenommen werden bei Erörterung der Prozeßart, welche für das preußische Staatsgebiet in Geltung stand, gegenüber den beiden letzten Gruppen.

Der wesentlich gemeinrechtliche Prozeß der preußischen „Allgemeinen Gerichtsordnung" erfuhr durch eine Verordnung vom Jahre 1833 eine fundamentale Umgestaltung. Nur ergänzende Bestimmungen hiezu enthält die Verordnung von 1846. Die Verordnungen von 1849 und 1867 regeln das neue Verfahren für die gemeinrechtlichen Territorien des Staates unter Wahrung der Grundlagen.

Ueber das Wesen dieses preußischen Verfahrens entnehme ich der allgemeinen Begründung des Entwurfes die folgende Ausführung:

„Wenn das Gericht die bei ihm eingereichte Klage für vollständig und begründet hält, so findet eine schriftliche Instruktion der Sache nöthigenfalls bis zur Duplik zu Protokoll oder durch Schriftwechsel statt. Ist diese Instruktion beendigt oder die Verhandlung der Replik oder der Duplik binnen vorgeschriebener Frist nicht erfolgt, so werden die Parteien zur mündlichen Verhandlung in eine Sitzung des Prozeßgerichts geladen. In dieser Sitzung hat zuvörderst ein Mitglied des Gerichts auf Grund eines vor dem Termine aus den bisherigen Verhandlungen angefertigten schriftlichen Referats eine kurze mündliche Darstellung der Sache zu geben; hieran knüpft sich dann der mündliche Vortrag der Parteien.

„Wie die Klage, so bilden auch Vernehmlassung, Replik und Duplik feste Prozeßstadien, deren Nichtinnehaltung sachliche Nachtheile mit sich führt. Vom Gegner angeführte Thatsachen und beigebrachte Urkunden, worüber eine Partei in der dem Vorbringen nächstfolgenden schriftlichen Auslassung sich gar nicht oder nicht vollständig erklärt, werden für zugestanden und anerkannt erachtet. Auf Thatsachen beruhende Entgegnungen (Einreden, Repliken, Dupliken) gehen für die Instanz verloren, wenn sie in der für dieses Vorbringen bestimmten schriftlichen Auslassung nicht geltend gemacht werden.

„In dem Termine zur mündlichen Verhandlung hat jede Partei, soweit dieses nicht bereits früher geschehen ist, die Beweismittel, deren sie sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, anzugeben. Eine spätere Vervollständigung der Beweisantretung ist im Falle des Widerspruchs des Gegners nur dann zulässig, wenn die neuen

Beweismittel erst aus der stattgehabten Beweisaufnahme sich ergeben haben. Die Eideszuschiebung ist jedoch bis zum Erlasse des Endurtheils zulässig.

„Nach erfolgter Beweisaufnahme werden die Parteien zur mündlichen Schlußverhandlung und Entscheidung in eine Gerichtssitzung unter der Verwarnung vorgeladen, daß gegen den Ausbleibenden angenommen werden würde, er habe zur Unterstützung seiner Behauptungen und Anträge nichts weiter anzuführen und wolle die Entscheidung der Sache nach Lage der Akten erwarten.

„Wenn in dem auf die Klage anberaumten Termine zur schriftlichen Instruktion der Kläger nicht erscheint, so wird angenommen, daß er auf dem Klageantrage bestehe und die weitere Entscheidung oder Verfügung des Richters nach Maßgabe der Klage und der erfolgten oder nicht erfolgten Einlassung des Verklagten erwarten wolle. Erscheint in dem Termine der Letztere nicht, ist auch eine schriftliche Klagebeantwortung nicht eingegangen, so nimmt das Gericht die in der Klage angeführten Thatsachen für richtig an und erkennt, soweit die Klage begründet ist, nach dem Antrage der Klage. — Wenn in dem nach beendeter schriftlicher Instruktion zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termine beide Parteien nicht erscheinen, so bleibt die Sache bis auf Anrufen der einen oder andern Partei beruhen. Erscheint die eine der Parteien nicht oder läßt sie sich auf die Sache nicht ein, so kann die andere auf Kontumazialverhandlung antragen. In diesem Falle werden alle streitigen, von der nicht erschienenen oder sich nicht einlassenden Partei angeführten, mit Beweismitteln nicht unterstützten Thatsachen für nicht angeführt, sowie alle von derselben vorzulegenden Urkunden als nicht beigebracht erachtet, alle von dem Gegner angeführten Thatsachen aber, welchen noch nicht ausdrücklich widersprochen worden ist, für zugestanden, ingleichen die von dem Gegner beigebrachten Urkunden für anerkannt erachtet. Dasselbe gilt, wenn eine der erschienenen Parteien auf ein neues Vorbringen der anderen Partei, soweit dasselbe bei der mündlichen Verhandlung noch zulässig ist, sich nicht einläßt.

„Unter sehr erschwerenden Umständen kann Restitution gegen Fristversäumnisse ertheilt werden, wenn nämlich der Grund der Versäumung in Naturbegebenheiten oder anderen unabwendbaren Zufällen liegt. Gegen ein bei nicht erfolgter Klagebeantwortung erlassenes Kontumazialerkenntniß findet Restitution ohne dieselbe rechtfertigende Gründe statt.

„Auf die mündliche Verhandlung kann nicht verzichtet werden; dagegen sollen Hindernisse in der Person des bevollmächtigten Rechtsanwalts in der Regel nicht berücksichtigt werden, wenn es sich um die Verlegung des Termins zur mündlichen Verhandlung auf einseitigen Antrag handelt.

„Aus dieser Darlegung des Verfahrens geht mit größter Klarheit und

Bestimmtheit hervor, daß das streitige Sachverhältniß durch schriftliche Auslassungen entweder zu richterlichem Protokolle oder in Schriftsätzen festgestellt wird, daß also in dieser Beziehung nicht die mündliche Verhandlung, sondern die Schrift entscheidend ist. Demgemäß findet irgend welcher Zwang der Parteien, überhaupt und vollständig in der Gerichtssitzung mündlich zu verhandeln, nicht statt. Beide Parteien können vollständig oder unvollständig verhandeln, wie die eine Partei, nicht aber die andere, die eine vollständig, die andere Partei unvollständig verhandeln mag. Das System bietet nicht die geringste Garantie dafür dar, daß der Rechtsstreit vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern von den Parteien verhandelt wird. Ein kurzes, aber vollständiges Referat eines Richters legt dar, wie das dem Rechtsstreite zum Grunde liegende Sachverhältniß durch die schriftlichen Auslassungen der Parteien sich gestaltet hat, bereits festgestellt ist. Dieses Referat, möglicherweise auf Grund von Bemerkungen der Parteien dem Akteninhalte gemäß berichtigt, bildet die wesentliche Grundlage für die richterliche Entscheidung.

„Das Verfahren charakterisirt sich nicht als mündliches, sondern als schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung. Das Nebensächliche dieser mündlichen Schlußverhandlung tritt insofern hervor, als Hindernisse in der Person des bevollmächtigten Rechtsanwalts nach den Verordnungen von 1833, 1846, 1849 überall nicht, nach der Verordnung von 1867 aber der Regel nach nicht berücksichtigt werden sollen, wenn es sich um die Verlegung des Termins zur mündlichen Verhandlung auf einseitigen Antrag handelt, sowie ferner darin, daß, wenn in der mündlichen Schlußverhandlung beide Theile ausbleiben, die Sache nicht ruht. Daß ein solches Ruhen der Sache eintreten soll, wenn beide Parteien in der mündlichen Hauptverhandlung ausbleiben, daß der Verzicht der Parteien auf die mündliche Verhandlung in den späteren Verordnungen für unzuläßig erklärt ist, während die Verordnung von 1833 ihn zuließ, sind dem Grundsatze der Mündlichkeit dargebrachte Concessionen, welche durch das System nicht gefordert werden.

„Dem Gesetzgeber mochte der Gedanke vorschweben, daß die schriftlichen Auslassungen der Parteien sich in den Grenzen motivirter Conclusionen halten würden, daß einem kurzen, wenngleich vollständigen, mündlichen Referate des Richters eine Verhandlung sich anschließen werde, welche auf Grundlage des schriftlich festgestellten Sachverhältnisses in freier Rede und Gegenrede den Rechtsstreit vorführt, das Sachverhältniß weiter entwickelt und unter die einschlagenden rechtlichen Gesichtspunkte bringt. Wenn der Gesetzgeber von diesem Gedanken ausging, so ließ er sich denselben Fehler zu Schulden kommen, in welchen der Schöpfer der Allgemeinen Gerichts-

ordnung verfiel, daß er nämlich die realen Verhältnisse des Lebens nicht genügend berücksichtigte. Jener Gedanke konnte dem System gegenüber nur dann zu wahrer Geltung gelangen, wenn einerseits mäßig beschäftigte, von dem Geiste der Mündlichkeit durchdrungene Gerichte den Glauben, daß die Parteien einem fertigen Urtheile des Gerichts oder des Referenten gegenüber aufträten, nicht aufkommen ließen, andererseits aber nicht mit Geschäften überhäufte, von der Bedeutung eines mündlichen Verfahrens lebhaft überzeugte Rechtsanwälte in der Lage sich befanden, ihr eigentliches Berufsleben in den Gerichten und nicht in ihrer Schreibstube zu führen. An diesen Voraussetzungen mangelte aber Vieles, da insbesondere die Rechtsanwälte einen großen Theil ihrer Zeit dem Notariat und Verwaltungsgeschäften widmeten und widmen mußten. Es war nur zu erklärlich, wenn Rechtsanwälte selbst oder durch Hülfsarbeiter Schriftsätze anfertigten, welche Alles enthielten, was sie möglicherweise mündlich hätten vortragen können, zumal da das Gesetz nicht einmal andeutete, daß für Rechtsausführungen die Schriftsätze nicht bestimmt seien.

„Das System mußte, wenn es nicht durch außerordentliche Umstände gehoben und gebessert wurde, die mündliche Schlußverhandlung zur Bedeutungslosigkeit, zu einer Scheinverhandlung herabsinken lassen. Daß dieses wirklich, von Ausnahmen abgesehen, der Fall ist, scheint ziemlich allgemein angenommen zu werden. Es wird in den Motiven zum preußischen Entwurfe von 1864 von den angesehensten Rechtsanwälten und von hochstehenden Richtern bezeugt. Ja selbst Schriftsteller, welche mit besonderer Lebhaftigkeit für das System im Allgemeinen Partei ergreifen, halten doch das Verfahren wie es sich nach dem System gestaltet hat und gestalten mußte, für ein unhaltbares. Sie werfen die Schuld auf das Referat; dasselbe soll entweder ganz beseitigt werden oder nur auf besondere Anordnung des Vorsitzenden, um eine kurze Uebersicht der Sachlage zu geben, eintreten. Diese Vorschläge sind legislativ unhaltbar. Wenn nach einem Prozeßsystem das Sachverhältniß durch schriftliche Auslassungen der Parteien vor der mündlichen Verhandlung in der Art festgestellt wird, daß es, vom Restitutionsfalle abgesehen, in der mündlichen Verhandlung nicht verändert werden kann, so ist es legislativ völlig gerechtfertigt, daß über das feststehende Sachverhältniß in der öffentlichen Sitzung von einem Richter ein kurzer, aber vollständiger mündlicher Vortrag erstattet wird. Geschieht das nicht, so muß an die Stelle dieses Vortrags ein Referat in der betreffenden Sitzung treten, sofern man nicht die einzelnen Richter zur Durchsicht der Akten verpflichten will. Auch muß ein solches Referat in jedem Falle erstattet werden, gleichviel, ob beide Parteien verhandeln, oder nur die eine oder andere, gleichviel ferner, ob umfassend verhandelt wurde oder nicht;

denn nicht das mündlich vorgetragene, sondern das vor der mündlichen Verhandlung schriftlich festgestellte Sachverhältniß bildet die Grundlage für die richterliche Entscheidung. Nach jenen Vorschlägen tritt demgemäß an die Stelle des kontrolirten, folgeweise sofortiger Berichtigung empfänglichen Vortrags ein unkontrolirtes, späterer Anfechtung unterliegendes Referat. Das Wegfallen des Vortrags führt selbstverständlich keinen Zwang zur mündlichen Verhandlung für die Parteien herbei, würde aber den realen Verhältnissen gegenüber aller Wahrscheinlichkeit nach die mündliche Verhandlung oder richtiger die für diese bestimmte Sitzung zu einer völligen Bedeutungslosigkeit herabdrücken".

Im geraden Gegensatze zu dieser neueren preußischen Prozedur liegt das Schwergewicht des Verfahrens nach dem System der Gesetze, welche in der vierten Gruppe vereinigt sind, in der mündlichen Verhandlung. Geschichtserzählung und Deduction spielt sich hier in freier Rede der Parteien ab. Nur zur Ordnung des Verfahrens werden die Klaganträge bei Gericht eingereicht. Schriftsätze vorbereitenden Charakters können vor der Verhandlung gewechselt werden. In der Verhandlung selbst ist das Vorbringen neuer Thatsachen und Beweismittel gestattet, soferne nicht unzulässige Klagsänderung bezweckt wird.

Ausbleiben beider Parteien bewirkt Ruhen des Prozesses; Ausbleiben des Klägers Abweisung der Klage ohne Prüfung des Materials; Ausbleiben des Beklagten die Annahme des Zugeständnuisses der Klagsthatsachen und dem entsprechendes Urtheil.

Hiernach ist das Gericht, vor dem die mündliche Verhandlung erfolgt, vollständig unbefangen von vorbereitenden Schriftsätzen. Es erfährt Sach- und Rechtsverhältniß zum ersten Male durch den Vortrag der Parteien. Diese sind gezwungen, für die Vollständigkeit der mündlichen Verhandlung Sorge zu tragen, denn sie wissen, daß

1) vom Gerichte Alles mündlich Vorgetragene zu berücksichtigen ist, auch was die Schriftsätze nicht enthallen;
2) nichts berücksichtigt werden darf, was nicht mündlich vorgetragen wird, wenn es auch in den Schriftsätzen enthalten ist.

Diese zweite Consequenz des Mündlichkeitsprincips ist es insbesondere, welche wir im System des französischen Prozesses und seiner Nachbildungen vermissen.

Nach diesem System wird der Prozeß in der Weise eingeleitet, daß mit Zustellung der Klagschrift, die durch einen Anwalt gefertigt ist, der Beklagte die Aufforderung erhält, einen Anwalt zu bestellen und den klägerischen Anwalt von der Bestellung in Kenntniß setzen zu lassen. Nachdem dies geschehen, erfolgt außergerichtlich Schriftenwechsel unter den Anwälten,

nach dessen Erledigung der betreibende Theil den anderen zur Deponirung der Schriftsätze in eine Gerichtssitzung laden läßt. Hier werden die Schriftsätze (nach dem Code), die Gesuche aus denselben (nach rheinischer Praxis und bayr. Prozeßordnung) verlesen und regelmäßig die Verhandlungen in spätere Sitzungen vertagt. Die Folge der Hinterlegung besteht aber in der Begründung des contradictorischen Charakters für den Prozeß, so daß in der zur Verhandlung festgesetzten Sitzung auch dann und zwar auf Grund der hinterlegten Anträge entschieden wird, wenn eine Partei ausbleibt. —

So ist im System der zur III. Gruppe vereinigten Gesetze ein Verfahren geschaffen, welches zur Hälfte in den Grundsatz der Schriftlichkeit verfällt, obgleich es das Mündlichkeitsprincip an die Spitze stellt. Dieses Verfahren hat den großen Nachtheil, daß die Richter, wochenlang vor der mündlichen Verhandlung im Besitz der Prozeßschriften, in den allermeisten Fällen mit einer fertigen Entscheidung in die Sitzung treten und in den allerseltensten Fällen geneigt sind, durch die mündlichen Erörterungen der Parteien, welche ihnen sichtlich als überflüssiges Beiwerk und nach Abfluß einiger Minuten auch als unzulässige Geduldprobe erscheinen, von der vorgefaßten Meinung sich abwenden zu lassen. Dieser Mißstand wurde namentlich in der bayerischen Praxis seit Geltung des mündlichen Prozesses vom J. 1869 — freilich mehr von den Parteien als den Richtern — empfunden. Er dürfte durch die Reichscivilprozeßordnung, welche in diesem Punkte den Gesetzen und Entwürfen der vierten Gruppe folgt, vollständig gehoben sein. Das Princip der Mündlichkeit, auf welchem der neue Prozeß ruht, wird genauer als das Princip der Unmittelbarkeit des Verfahrens bezeichnet. Man hat darunter nicht mehr und nicht weniger zu verstehen als den Satz, daß die Grundlage der richterlichen Entscheidung hergestellt werde durch eine unmittelbare vor Gericht sich abwickelnde Thätigkeit der Parteien in Bezug auf das obschwebende Streitverhältniß, d. i. durch eine unmittelbare und ebendarum mündliche Verhandlung der Parteien vor dem urtheilenden Gerichte. Aus diesem Inhalte des Princips folgt mit Nothwendigkeit nur die Unmittelbarkeit in demjenigen Theile des Verfahrens, auf welchen die Entscheidung der Hauptsache gegründet wird. Es folgt daraus nicht die Forderung der Unmittelbarkeit für die Einleitung des Prozesses, nicht für die Incidentstreitigkeiten Dritter mit den Parteien, nicht für die Beweiserhebung, nicht insbesondere für die Zustellungen, welche vielmehr ihrer Natur nach jenes Princip ausschließen. Wenn sie dennoch der Gesetzgeber für den einen oder anderen Theil des Verfahrens außerdem adoptirte, so geschah dieß nicht sowohl zur Wahrung des Princips als vielmehr aus Zweckmäßigkeitsgründen. Das Princip ist gewahrt durch die

Vorschrift der Unmittelbarkeit der eigentlichen Parteiverhandlung, also jenes Prozeßabschnittes, in welchem die Parteien gleichzeitig und gegenseitig zu handeln haben. Es ist kein Verlassen des Princips, wenn im Versäumungsverfahren auf einseitigen Antrag erkannt wird; denn hier tritt an die Stelle der Wirklichkeit die — den Umständen nach nothwendige — Fiction der zweiseitigen Verhandlung.

Die Fällung des Urtheils kann selbstverständlich nur auf der Basis eines feststehenden Sachverhältnisses erfolgen. Es war eine für das mündliche Verfahren besonders schwerwiegende Frage, wie die Feststellung des Sachverhältnisses gewährleistet werde. Die vorbereitenden Schriftsätze in Verbindung mit dem Sitzungsprotokolle sollen hiezu die Handhaben bieten, der „Thatbestand" im Urtheil soll die Feststellung selbst enthalten.

Die Schriftsätze enthalten immer nach der kategorischen Vorschrift des Gesetzes die Gesuche der Parteien. Soferne in der mündlichen Verhandlung aber eine zulässige Abänderung der Gesuche vorkommt, ist dieselbe auf Antrag zum Sitzungsprotokoll festzustellen, ebenso wie die Abgabe von wesentlichen Erklärungen, welche die Schriftsätze nicht enthalten.

Die Feststellung des Thatbestandes, welche der französische Prozeß in übertriebener Durchführung des Gedankens von der Reinhaltung des Richteramts den Anwälten überläßt, geschieht im deutschen Prozesse durch das erkennende Gericht, welches an die Feststellungen des Sitzungsprotokolles gebunden ist, überdieß aber zu einer Berichtigung auf Antrag der Parteien veranlaßt werden kann.

Der natürliche Gang der Dinge wird in den meisten Fällen eine Mehrheit von Verhandlungen erfordern, bis zum Urtheile geschritten werden kann. Für die Feststellung des prozessualen Charakters der einzelnen Verhandlungen ist das Mündlichkeitsprincip von entscheidendem Gewicht. Während im schriftlichen Prozeß das Verfahren in Stadien gegliedert ist, deren jedes die Erledigung eines genau vorgeschriebenen Stoffes bei Meidung des Ausschlusses erheischt, verlangt die unmittelbare Prozedur die Auffassung des ganzen Verfahrens als eines einheitlichen, in so viele Verhandlungen es auch abgestuft werden mag.

Die Consequenzen dieser Auffassung treten vornehmlich nach zwei Richtungen hervor: einmal gegenüber der sogen. Eventualmaxime, sodann für die Gestaltung des Ungehorsamsverfahrens.

Die Eventualmaxime kann prinzipiell als aufgegeben erachtet werden.

Das Vorbringen neuer Angriffs-, Vertheidigungs- und Beweismittel ist an keinen bestimmten Zeitpunkt des Verfahrens gebunden. Ein Correctiv gegen die mißbräuchliche Anwendung dieser Bewegungsfreiheit ist in der Befugniß des Richters gelegen, nachgeschleppte Rechtsbehelfe und Beweis-

mittel, die ihm den Prozeß zu verzögern scheinen, von der Instanz auszuschließen, überdieß aber in der Zulässigkeit von Theil- und Zwischenurtheilen, nach deren Erlassung der durch sie erledigte Rechtsstoff definitiv abgeschlossen ist.

Kommt ein Nachschleppen von Rechtsbehelfen oder Beweismitteln in der Berufungsinstanz vor, so können sie ad separatum verwiesen werden, ohne daß dem Urtheil in der Hauptsache der Charakter eines Endurtheils hinsichtlich der Zwangsvollstreckung benommen würde. —

Was die Gestaltung des Ungehorsamsverfahrens anlangt, so folgt aus der Einheit der mündlichen Verhandlungen, daß der Ungehorsam in jeder mündlichen Verhandlung die Erlassung eines Versäumnißurtheils rechtfertigt; der Einspruch hingegen versetzt den Prozeß wieder in die Lage vor der letzten mündlichen Verhandlung. Gegen die Prozeßverzögerung schützt die vorläufige Vollstreckbarkeit jedes zweiten und weiteren Versäumnißurtheils.

Die Uebersichtlichkeit des Verfahrens wird erleichtert durch die Befugniß des Gerichts, die Trennung der Verhandlung oder doch der Entscheidung für eine Mehrzahl verbundener Streitpunkte zu verfügen und durch Theil- bezw. Zwischenurtheile zu erledigen. Durch Ausübung dieser Befugniß erlangt das Gericht eine Mehrheit selbstständiger Prozeßstadien, deren jedes einen in sich geschlossenen Stoff enthält.

Den gleichen Zweck erreicht das Gesetz durch die Anordnung getrennter Verhandlung zwischen den Parteien und Dritten (Nebenintervention, Urkundenedition).

Abgesehen hievon kann man überhaupt drei große Abschnitte des regelmäßigen Verfahrens gegen einander abgrenzen, von denen jeder durch Urtheil gegen den anderen abgeschlossen wird, also für sich eine Einheit der mündlichen Verhandlung darstellt:

1) Das Verfahren auf Geltendmachung prozeßhindernder Einreden. Hier greift ausnahmsweise die Eventualmaxime ein. Prozeßhindernde Einreden müssen nicht nur gleichzeitig, sondern vor der Einlassung zur Hauptsache vorgebracht werden;
2) das eigentliche Prozeßverfahren d. i. die Verhandlung über das bestrittene Rechtsverhältniß;
3) möglicherweise das Verfahren nach Erledigung eines bedingten End- (d. i. Eides-) Urtheils.

Das zweite Stadium des Verfahrens, das man nach seinem Umfang und seiner sachlichen Bedeutung das Hauptverfahren nennen kann, bewegt sich in ununterbrochenem Verlaufe zu seinem Schlußpunkte. Es hat nicht selbst wieder eine prozessuale Caesur, wie sie sowohl das gemeine als das hannöverische Prozeßrecht durch das Beweisurtheil geschaffen hatte.

Der „Beweisbeschluß" des deutschen Prozesses ist lediglich eine prozeßleitende Verfügung, welche ohne Sachverhalt und Entscheidungsgründe feststellt, daß ein bestimmtes Beweisverfahren, weil beantragt, zugelassen werde. Das Gericht nimmt auf den Inhalt des Beweisangebotes keinen Einfluß. Die Parteien haben mit ihren Behauptungen die Angabe der Beweismittel nach eigenem Ermessen zu verbinden und die Führung des Beweises anzubieten. Ob das Anerbieten für die Zwecke der Parteien ausreiche, hat das Gericht so wenig wie die Erheblichkeit der Beweissätze zu prüfen, ein Princip, durch welches der deutsche Prozeß insbesondere auch von dem französischen und bayerischen Prozesse abweicht.

Zum Zwecke der Einleitung und Fortführung eines Rechtsstreits wird eine mehr oder minder formale Thätigkeit erfordert, welche neben den Grundsätzen des Verfahrens im eigentlichen Sinne geregelt sein muß. Diese Thätigkeit — der Prozeßbetrieb — wurde durch die Civilprozeßordnung weder ausschließlich den Parteien, wie im System des französischen Prozesses, noch ausschließlich dem Gerichte, wie im Gemeinen Prozeß, sondern zum Theil den ersten, zum Theil dem letzteren zugewiesen. Die Einleitung des Prozesses geschieht unter Mitwirkung des Gerichtes; die zum Betriebe nöthige Zustellung durch besondere Zustellungsbeamte, die im Auftrage der Parteien thätig werden und bald unmittelbar, bald durch Vermittlung der Post ihre Aufgabe erfüllen.

In den bisher dargestellten Formen erscheint nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung zunächst das ordentliche Verfahren vor den Gerichten erster Instanz. Unwesentliche d. h. die Principien nicht verlassende Abweichungen finden für das Verfahren vor den Einzelgerichten statt[2]). Einige besonders gestaltete Arten der Prozedur, wie Urkunden- und Wechselprozeß mit beschränkter Vertheidigung, Ehe- und Entmündigungsprozeß unter Mitwirkung der Staatsbehörde bald in facultativer, bald in obligatorischer Weise finden ihre Berechtigung in der Eigenart der dadurch zu ordnenden Rechtsverhältnisse. Das Mahnverfahren endlich, — eine wesentlich schriftliche Prozedur — welches in dem gemeinrechtlichen Mandatsprozeß, in dem Verfahren mit bedingten Zahlungsbefehlen der bayer. Prozeßordnung vorgebildet ist, beruht wie jene lediglich auf Rücksichten der Zweckmäßigkeit. Ein besonderes summarisches oder beschleunigtes Verfahren kennt der neue Prozeß nicht. (Anders in der bayr. Pr.O. Art. 259 ff.)

Besondere Bedeutung kommt neben den Grundsätzen des ordentlichen Verfahrens erster Instanz dem Rechtsmittelsystem zu.

---

[2]) Vor den Einzelgerichten ist auch die Parteivertretung eine freie, vor den Collegialgerichten herrscht Anwaltszwang.

Rechtsmittel im Sinne der Prozeßordnung sind diejenigen prozessualen Mittel, durch welche noch nicht rechtskräftige richterliche Entscheidungen vor einem höheren Richter angefochten werden. Diesem Begriffe zufolge ist die Wiederaufnahme des Verfahrens durch Restitutions- oder Nichtigkeitsklage gegen rechtskräftige Urtheile bei dem urtheilenden Gerichte nicht unter denselben gestellt, bildet vielmehr eine besondere Kategorie der Abhilfe gegen prozessuale Läsionen. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen versäumte Fatalien und der Einspruch gegen Versäumnißurtheile fallen gleichfalls außer den Rechtsmittelbegriff. Ihre systematische Stellung haben sie in größerem Zusammenhange bei der Lehre von den Folgen der Versäumung bezw. von dem Ungehorsamsverfahren erhalten.

So bleiben als Rechtsmittel im Sinne des Gesetzes nur übrig: die Berufung, die Revision und die Beschwerde. Während die beiden erstgenannten nur gegen Endurtheile stattfinden, ist das Anwendungsgebiet der Beschwerde negativ dadurch abgegrenzt, daß sie gegen Endurtheile sich niemals richten kann, positiv in der Weise, daß sie regelmäßig in solchen Fällen Platz greift, wo eine Entscheidung entweder auf einseitigen Antrag oder nicht unter den Parteien oder nicht in der Sache selbst erlassen wurde. — Das Rechtsmittel der Berufung findet gegen die Endurtheile der Erstinstanzgerichte in ihrem ganzen Umfange statt d. h. das Verfahren wird vor dem Obergerichte wiederholt mit Rücksicht auf die rechtliche und faktische Seite des streitigen Verhältnisses. Es war der Gegenstand der eingehendsten Erwägungen und lebhaftesten Erörterungen, ob man bei einem durchaus auf dem Princip der Mündlichkeit beruhenden Verfahren die wiederholte Erhebung und Feststellung von Thatsachen zulassen solle? Die Entwürfe vom Jahre 1871 und 1872 verneinten diese Frage gegenüber den Urtheilen der wohlbesetzten Landgerichte und ließen dagegen nur eine revisio in jure zu [3]). Das Gesetz entschied für die Bejahung.

Im Nachgange zur hannöver'schen Prozeßordnung und im Widerspruche mit dem Norddeutschen Entwurfe ist die Summa appellabilis des gemeinen und französischen Rechts beseitigt worden, die Berufung demnach gegen jedes Ersturtheil ohne Rücksicht auf den Werth des Streitobjects gestattet [4]). Gegen Mißbrauch dieser Möglichkeit schützt die in weitem Umfange zugelassene vorläufige Vollstreckbarkeit. Das Rechtsmittel der Revision findet gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurtheile statt, also nur dann, wenn die Berufung gegen das Endurtheil

[3]) Die Begründung sehe man in der „Allgemeinen Begründung" der genannten Entwürfe S. 12.

[4]) Vgl. „Allgemeine Begründung" des Entwurfs vom J. 1874 S. 13.

eines Collegialgerichtes [5]) erster Instanz gerichtet war. Der leitende Gedanke des Gesetzgebers bei Festsetzung dieses Rechtsmittels war: Förderung der Rechtseinheit. Diesem Gedanken entspricht die Beschränkung der Revision auf die rechtliche Seite des streitigen Verhältnisses, so daß der Revisionsrichter lediglich zu prüfen hat, ob unter Zugrundelegung der festgestellten Thatsachen eine Rechtsverletzung vorliegt. — Dadurch ist aber die Revision nicht zu einem Rechtsmittel bloß im Interesse des Gesetzes geworden, sondern sie dient dem Interesse der Parteien, wie die Berufung [6]). Dieß zeigt sich insbesondere auch in dem Ausschlusse jeder staatsanwaltschaftlichen Mitwirkung im Revisionsverfahren — im Gegensatze zum französischen Cassationsrekurs und zur bayrischen Nichtigkeitsbeschwerde — eine Reform, die im Gebiete des rheinischen und bayrischen Prozeßrechtes vor Allem wohlthätig empfunden werden wird.

Bei der Gestaltung des Rechtsmittelsystems schwebte dem Gesetzgeber die Organisation der Gerichte in der Weise vor, daß den collegial besetzten Gerichten erster Instanz (Landgerichten) ebensolche zweiter Instanz (Oberlandesgerichte) und diesen ein Reichsgericht übergeordnet ist. Für Rechtsstreitigkeiten von geringer Bedeutung oder einfacher Gestalt bilden Einzelgerichte (Amtsgerichte) die erste, Collegialgerichte erster Instanz (Landgerichte) die zweite Instanz. Neben dem Reichsgerichte sind oberste Gerichtshöfe der Einzelstaaten mit mehreren Oberlandesgerichten zugelassen. An diese obersten Gerichtshöfe geht die Revision wegen solcher Gesetzesverletzungen, die nicht durch Reichsgesetze dem Reichsgerichte zugewiesen sind. (Vgl. Ger.-Verf.-Ges.) [7]).

Ein Correctiv gegen Ueberlastung des Revisionsgerichts wurde in dem Ausschluß der Revision gegen Urtheile der Landgerichte als Berufungsinstanzen, sowie in der Festsetzung einer Revisionssumme von 1500 Mk. als Regel gesucht. Der Entwurf von 1874 kennt eine Revisionssumme nicht, wogegen er die in das Gesetz nicht übergangene Beschränkung der Revision auf abändernde Berufungsurtheile enthält. —

Das Verfahren vor dem Revisionsgerichte folgt den gleichen Principien wie das ordentliche Verfahren vor den anderen Collegialgerichten, ist wie dieses ein durchaus unmittelbares.

---

[5]) Anders im Norddeutschen Entwurfe.

[6]) Ueber den verschiedenen Charakter der Revision und des Cassationsrekurses des französischen Rechtes cf. „Allgemeine Begründung" des Entwurfs vom Jahre 1874 §. 14.

[7]) Die im Entwurfe vorgesehene Organisation von eigenen Handelsgerichten mußte den fakultativen „Kammern für Handelssachen" weichen.

Dem bis hieher in seiner systematischen Anlage dargestellten Verfahren in seinen Einzelbestimmungen nachzugehen ist die Aufgabe der folgenden Erläuterungen. Dort wird sich auch erst zur Betrachtung des prozessualen Nachspiels, — der Vollstreckung — die sich nicht wohl unter gemeinsame Gesichtspunkte mit dem Verfahren im Rechtsstreite zusammenfassen läßt, Veranlassung bieten. Nicht minder wird das ganz neu geschaffene „Aufgebotsverfahren" und das Schiedsrichterverfahren in den Erläuterungen des Einzelnen erst zu berücksichtigen sein. —

Hier können nur die Grundzüge des Vollstreckungsverfahrens, welche ohne Rücksicht auf die einzelnen Mittel der Zwangsvollstreckung Geltung haben, angedeutet werden.

Zunächst ist als die gemeinsame Voraussetzung aller Vollstreckungsarten die „vollstreckbare Urkunde" hervorzuheben, d. i. diejenige öffentliche Urkunde, welche die Existenz des vollstreckungsreifen Anspruchs bezeugt.

Die wichtigste Urkunde dieser Art ist das Endurtheil und zwar regelmäßig das rechtskräftige Endurtheil. Das Gesetz weicht hier insbesondere von dem Prinzip des französischen und bayrischen Prozesses ab, wonach das Ausstehen der Rechtskraft den Beginn der Vollstreckung nicht ausschließt, sondern nur die Einlegung des Rechtsmittels den Fortgang der begonnenen Vollstreckung hemmt. —

Die Regel ist jedoch von zahlreichen Ausnahmen praktischen Lebensinteressen zu Liebe durchbrochen worden durch Aufstellung einer Reihe von Fällen, in welchen das Endurtheil als vorläufig vollstreckbar ohne oder auf Antrag erklärt werden muß, soferne nicht besondere im Gesetze vorgesehene Verhältnisse im einzelnen Falle diese Maßregel ausschließen.

Außer den Endurtheilen bezeichnet das Gesetz eine Anzahl anderer öffentlicher Urkunden als Vollstreckungstitel, insbesondere auch die notariellen Schuldurkunden über bestimmte Geldsummen, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Schuldner sich in der Urkunde selbst der sofortigen Zwangsvollstreckung ausdrücklich unterworfen hat. —

In allen Fällen bedarf das vollstreckbare Urtheil der Vollstreckungsklausel, die übrigen Vollstreckungstitel bedürfen derselben regelmäßig; eine Ausnahme macht der Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren, sofern nicht nach der Erlassung eine Rechtsnachfolge auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite eingetreten ist.

Die Ausführung der Vollstreckung fällt regelmäßig besonderen Vollstreckungsbeamten anheim, die von der betreibenden Partei zu beauftragen sind (Gerichtsvollzieher).

Das Gericht wird erst thätig, wenn Einwendungen des Schuldners

gegen die Zulässigkeit oder Art der Vollstreckung, Intervention Dritter, oder sonst irgend ein Umstand die Entscheidung eines Streites veranlaßt.

Ausnahmsweise ist das Vertheilungsverfahren, die Zwangsvollstreckung im Auslande, die Vollstreckung in Forderungen, Immobilien und zur Erzwingung von Handlungen und Unterlassungen der gerichtlichen Leitung unterstellt. Soweit die gerichtliche Thätigkeit eintritt, ist sie prinzipiell nicht von dem Prozeßgerichte, sondern dem Vollstreckungsgerichte zu entfalten, als welches prinzipiell das Einzelgericht bestimmt ist (anders im französ. und bayr. Vollstreckungsverfahren, wo umgekehrt das Collegialgericht grundsätzlich als Vollstreckungsgericht fungirt) und zwar das Amtsgericht, wo die Vollstreckung geführt wird oder worden ist. —

Eine gesetzliche Reihenfolge der Executionsmittel ist nicht vorgeschrieben. Das Befriedigungsgebot oder, was diesem entspricht, ist in Berücksichtigung der Anforderungen einer fruchtbaren Realexecution beseitigt worden.

Die Vollstreckung in unbewegliches Vermögen wurde in Anbetracht ihres engen Zusammenhanges mit dem Eigenthums- und Hypothekenrechte der Regelung durch die Landesgesetze überwiesen. Nur die Leitung der Gerichte wurde gewahrt und das Verfahren in Vertheilungsstreitigkeiten auch auf diese Executionsart erstreckt. — Eine Garantie für die Rechtssicherheit der verfolgten Schuldner Angesichts des Vollstreckungsbetriebes durch Gerichtsvollzieher liegt in der Beschränkung der Letzteren auf die rein formale Seite der Vollstreckung. Die Voraussetzungen der Vollstreckung müssen gerichtlich bezeugt sein (Vollstreckungsklausel) und die Bezeugung kann erst geschehen, wenn der zu verfolgende Anspruch objectiv und subjectiv festgestellt ist. — Gegen eine begonnene Vollstreckung steht dem Verfolgten überdieß das Recht der Einwendungen zu, dessen Geltendmachung nicht nur die Anordnung besonderer Cautelen, sondern auch Einstellung der Vollstreckung, ja sogar Wiederaufhebung vollzogener Vollstreckungshandlungen zur Folge haben kann.

Ueber die Zwangsvollstreckung in das Vermögen juristischer Personen von zugleich politischem Character (Fiscus, Gemeinden, Corporationen) trifft das Gesetz grundsätzlich keine besonderen Bestimmungen. — Das Einführungsgesetz hält für die Execution wegen Geldforderungen die landesgesetzlichen Bestimmungen aufrecht (§. 15 Ziff. 4). —

Inhaltsübersicht der Civilprozeßordnung.

Vergleichende Zusammenstellung *)

der Paragraphen des Regierungsentwurfes und der Commissionsvorlage mit den Paragraphen des Gesetzes.

Die Paragraphen 1 — 66 stimmen im Gesetze, Regierungsentwurf und der Commissionsvorlage überein.

Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage
67		66a	101	98		135	129		169	162		203	196	
68	67		102	99		136	130		170	163		204	197	
69	68		103	100		137	131		171	164		205	198	
70	69		104	101		138	132		172	165		206	199	
71	70		105	102		139	133		173	166		207	200	
72		70a	106	103		140	134		174	167		208	201	
73	71		107	104		141	135		175	168		209	202	
74	72		108	105		142	136		176	169		210	203	
75	73		109	106		143	137		177	170		211	204	
76	74		110	107		144	138		178	171		212	205	
77	75		111		107a	145	139		179	172		213		205a
78	76		112	108		146	140		180	173		214	206	
79	77		113	109		147	141		181	174		215	207	
80	78		114	110		148	142		182	175		216	208	
81	79		115	111		149	143		183	176		217	209	
82	80		116	112		150	144		184	177		218	210	
83	81		117	113		151	145		185	178		219	211	
84	82		118	114		152	146		186	179		220	212	
85	83		119	115		153	147		187	180		221	213	
86	84		120	116		154	148		188	181		222	214	
87	85		121	117		155	149		189	182		223	215	
88	86		122	118		156		149a	190	183		224	216	
89	87		123	119		157	150		191	184		225	217	
90	88		124	120		158	151		192	185		226	218	
91	89		125	121		159	152		193	186		227	219	
92	90		126	122		160	153		194	187		228	220	
93	91		127	123		161	154		195	188		229	221	
94	92		128	124		162	155		196	189		230	222	
95	93		129	125		163	156		197	190		231	223	
96	94		130	126		164	157		198	191		232	224	
97		94a	131		126a	165	158		199	192		233	225	
98	95		132		126b	166	159		200	193		234	226	
99	96		133	127		167	160		201	194		235	227	
100	97		134	128		168	161		202	195		236	228	

*) Diese Zusammenstellung erscheint zum Verständniß der in den Motiven und den Commissionsprotokollen enthaltenen Citate geboten.

Wo in der Rubrik „Commissionsvorlage" Paragraphen nicht ausgesetzt sind, decken sich die Paragraphennummern der Commissionsvorlage mit denen der Regierungsvorlage.

Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage
237	229		289	279		341		330a	393	380		445	427	
238	230		290	280		342	331		394	381		446	428	
239	231		291	281		343	332		395	382		447	429	
240	232		292	282		344	333		396	383		448	430	
241	233		293	283		345	334		397	384		449	431	
242		233a	294	284		346	335		398	385		450		431a
243	234		295	285		347		335a	399	386		451	432	
244	235		296	286		348	336		400	387		452	433	
245	236		297	287		349	337		401	388		453	434	
246	237		298	288		350	338		402	389		454	435	
247	238		299	289		351	339		403	390		455	436	
248	239		300	290		352	340		404	391		456	437	
249		239a	301	291		353	341		405	392		457	438	
250	240		302	292		354	342		406	393		458	439	
251	241		303	293		355	343		407	394		459	440	
252	242		304	294		356	344		408	395		460	441	
253	243		305	295		357		344a	409	396		461	442	
254	244		306	296		358	345		410	397		462	443	
255	245		307	297		359	346		411	398		463	444	
256	246		308	298		360	347		412	399		464	445	
257	247		309	299		361	348		413	401		465	446	
258	248		310	300		362	349		414	402		466		446a
259	249		311	301		363	350		415		402a	467	447	
260	250		312	302		364	351		416	403		468		447a
261	251		313	303		365	352		417	404		469	449	
262	252		314	304		366	353		418		404a	470	450	
263	253		315	305		367	354		419		404b	471		451a
264	254		316	306		368	355		420		404c	472	452	
265	255		317	307		369	356		421	405		473	453	
266	256		318	308		370	357		422	406		474	454	
267	257		319	309		371	358		423		406a	475	455	
268	258		320	310		372	359		424	410	406b	476	456	
269	259		321	311		373	360		425	407		477	457	
270	260		322	312		374	361		426	408		478		457a
271	261		323	313		375	362		427	409		479	458	
272	262		324	314		376	363		428	411		480	459	
273	263		325	315		377	364		429	412		481	460	
274	264		326	316		378	365		430	413		482	461	
275	265		327	317		379	366		431	414		483	462	
276	266		328	318		380	367		432		414a	484	463	
277	267		329	319		381	368		433	415		485	464	
278	268		330	320		382	369		434	416		486	465	
279	269		331	321		383	370		435	417		487	466	
280	270		332	322		384	371		436	418		488	467	
281	271		333	323		385	372		437	419		489	468	
282	272		334	324		386	373		438	420		490	469	
283	273		335	325		387	374		439	421		491	470	
284	274		336	326		388	375		440	422		492	471	
285	275		337	337		389	376		441	423		493	472	
286	276		338	328		390	377		442	424		494	473	
287	277		339	329		391	378		443	425		495	474	
288	278		340	30		392	379		444	426		496	475	

Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage
497	476		546	522		595		c	644	597		693	642	
498	477		547	523		596		d	645	598		694	643	
499	478		548	524		597		e	646	599		695	644	
500	479		549	525		598		f	647	600		696	645	
501	480		550	526		599		g	648	601		697	646	
502	481		551	527		600		h	649		602^{a}	698	647	
503	482		552	528		601		i	650	602		699	648	
504	483		553	529		602		k	651	603		700	649	
505		483^{a}	554	530		603		l	652	604		701	650	
506	484		555	531		604		m	653	605		702	651	
507	485		556	532		605		n	654	606		703	652	
508		485^{a}	557	533		606		o	655	607		704	653	
509		485^{b}	558	534		607		p	656	608		705	654	
510	486		559	535		608		q	657	609		706	655	
511	487		560	536		609		r	658		609^{a}	707	656	
512	488		561	537		610		s	659		609^{b}	708	657	
513	489		562	538		611		t	660	610		709	658	
514	490		563	539		612		u	661	611		710	659	
515	491		564	540		613		u^{1}	662	612		711	660	
516	492		565	541		614		v	663	613		712	661	
517	493		566	542		615		w	664	614		713	662	
518	494		567	543		616		x	665	615		714	663	
519	495		568	544		617		y	666		615^{a}	715	664	
520	496		569	545		618		z	667	616		716	665	
521	497		570	546		619		aa	668	617		717	666	
522	498		571	547		620		bb	669	618		718	667	
523	499		572	548		621		cc	670	619		719	668	
524	500		573	550		622		dd	671	620		720	669	
525	501		574	551		623		ee	672	621		721	670	
526	502		575	552		624		ff	673	622		722	671	
527	503		576	553		625		gg	674	623		723		671^{a}
528	504		577	554		626		hh	675	624		724	672	
529	505		578	555		627		ii *)	676	625		725	673	
530	506		579	556		628	581		677	626		726	674	
531	507		580	557		629	582		678	627		727	675	
532	508		581		557^{a}	630	583		679	628		728	676	
533	509		582		557^{b}	631	584		680	629		729	677	
534	510		583	558		632	585		681	630		730	678	
535	511		584	559		633	586		682	631		731	679	
536	512		585	560		634	587		683	632		732	680	
537	513		586	561		635	588		684	633		733	681	
538	514		587	562		636	589		685	634		734	682	
539	515		588	563		637	590		686	635		735	683	
540	516		589	564		638	591		687	636		736	684	
541	517		590	565		639	592		688	637		737	685	
542	518		591	566		640	593		689	638		738		685^{a}
543	519		592	567		641	594		690	639		739	686	
544	520		593		a	642	595		691	640		740	687	
545	521		594		b	643	596		692	641		741	688	

*) Die §§. a—ii traten an die Stelle der §§. 568—580 des Regierungsentwurfs.

Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage	Gesetz	Regierungs-entwurf	Commissions-vorlage
742	689		769	716		796	741		823	768		850	791	
743	690		770		716a	797	742		824	769		851	792	
744	691		771	717		798	743		825	770		852	793	
745	692		772	718		799	744		826	771		853	794	
746	693		773	719		800	745		827	772		854	795	
747	694		774	720		801	746		828	773		855	796	
748	695		775	721		802	747		829	774		856	797	
749	696		776	722		803	748		830	775		857	798	
750	697		777	723		804	749		831	776		858	799	
751	698		778	724		805	750		832	777		859	800	
752	699		779	725		806	751		833	778		860	801	
753	700		780	726		807	752		834	779		861	802	
754	701		781	727		808	753		835	780		862	803	
755	702		782	728		809	754		836	781		863	804	
756	703		783	729		810	755		837	782		864	805	
757	704		784	730		811	756		838	783		865	806	
758	705		785	731		812	757		839	784		866	807	
759	706		786	732		813	758		840	785		867	808	
760	707		787	733		814	759		841	786		868	809	
761	708		788		733a	815	760		842	787		869	810	
762	709		789	734		816	761		843	789		870	811	
763	710		790	735		817	762		844		789a	871	812	
764	711		791	736		818	763		845		789b	872	813	
765	712		792	737		819	764		846		789c			
766	713		793	738		820	765		847		789d			
767	714		794	739		821	766		848	790				
768	715		795	740		822	767		849		790a			

Civilprozeßordnung.

Vom 30. Januar 1877.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen 2c.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrathes und des Reichstags, was folgt:

Erstes Buch.

Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt.

Gerichte.

Erster Titel.

Sachliche Zuständigkeit der Gerichte.

§. 1.

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das Gesetz über die Gerichtsverfassung bestimmt.

Motive: „Die Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte bilden einen organischen Theil des Gerichtsverfassungsgesetzes, dessen gesonderter Erlaß in der allgemeinen Begründung §. 16 gerechtfertigt ist. Der Entwurf verweist in §. 1 auf diese Bestimmungen (vgl. Gerichtsverfassungsgesetz §§. 12, 50, 51, 83, 84, 95, 106)[1]) und beschränkt sich darauf,

---

[1]) Diese §§. des Entwurfs eines GVG. entsprechen den §§. 23, 70, 71, 102, 104, 123, 135 des GVG.

dieselben in einzelnen Beziehungen zu vervollständigen und zu ergänzen. — Insoweit nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Amtsgerichte und der Landgerichte von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängt, sind Vorschriften über die Festsetzung dieses Werthes nothwendig, Vorschriften, welche in Gemäßheit der Bestimmung des §. 2 durch die §§. 3—9 ertheilt werden". —

1) Sachliche Zuständigkeit ist im Sinne des Civilprozesses die Befugniß und Pflicht zur Verhandlung und Entscheidung **privatrechtlicher** Streitigkeiten bestimmter Art. Das Staatsgebiet ist nicht nur mit Rücksicht auf die Erleichterung des Rechtsschutzes in eine Mehrheit von Gerichtssprengeln getheilt, so daß der einzelne Rechtsstreit je nach seiner örtlichen Beziehung vor das Gericht des einen oder des anderen Sprengels verwiesen wird; es besteht auch eine Abstufung der Gerichte nach der Art der Rechtsstreitigkeiten d. h. nach der Verschiedenheit der Gegenstände, über welche gestritten werden kann. Wenn nun bestimmten Gerichten eine bestimmte Art von Streitfällen zur Verhandlung und Entscheidung in abstracto zugetheilt ist, also abgesehen von der räumlichen Beziehung, so nennt man dieses Verhältniß der Gerichte zu dem Kreise von Streitfällen der bestimmten Art das Verhältniß der sachlichen Zuständigkeit. Ein Gericht ist m. a. W. sachlich zuständig in einem gegebenen Falle, wenn derselbe zu der Art von Fällen gehört, welche solchen Gerichten zugetheilt sind.

Die Verschiedenartigkeit der Rechtsstreitigkeiten beruht zunächst in der ökonomischen Bedeutung der Streitobjecte, sodann in dem größeren oder geringeren Bedürfniß nach rascher Erledigung und anderen Gesichtspunkten mehr; ein wesentlicher Unterschied in der Art der Rechtsstreitigkeiten wird begründet durch die Möglichkeit wiederholter Verhandlung und Entscheidung einer Rechtssache bei einem höheren Gerichte (Instanzenzug). Die Geschäftsvertheilung unter die verschiedenen Gerichte des Staates nach den angegebenen Gesichtspunkten ergibt, daß **eine** Classe von Gerichten **grundsätzlich** zur ersten Entscheidung **aller** Rechtssachen bestimmt ist und daß nur einzelne von besonderem Charakter ihnen ausdrücklich entzogen sind (Gerichte mit principiell unbeschränkter Gerichtsbarkeit). Andere Gerichte sind eingesetzt, um gerade diese Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden. Für beide bestehen vorgesetzte Gerichte, die nur zu dem Zweck in Thätigkeit treten, um die von den untergebenen entschiedenen Fälle von Neuem zu prüfen und zu entscheiden. An der Spitze des Gerichtsorganismus endlich finden wir ein der Wahrung der Rechtseinheit dienendes d. h. sich mit dritter und letzter Prüfung der **Rechtsfragen** befassendes Gericht. —

2) Die Art der Geschäftsvertheilung unter die einzelnen Gerichten be-

stimmt zunächst das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 (Reichsgesetzblatt Nr. 4) in den nachfolgenden Paragraphen:

I.

§. 23.

Die Zuständigkeit der Amtsgerichte umfaßt in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, soweit dieselben nicht ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes den Landgerichten zugewiesen sind:

1) Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt;

2) ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes:

Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern von Wohnungs- und anderen Räumen wegen Ueberlassung, Benutzung und Räumung derselben, sowie wegen Zurückhaltung der vom Miether in die Miethsräume eingebrachten Sachen;

Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde, zwischen Arbeitgebern und Arbeitern hinsichtlich des Dienst- und Arbeitsverhältnisses, sowie die im §. 108 der Gewerbe-Ordnung bezeichneten Streitigkeiten, insofern dieselben während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen;

Streitigkeiten zwischen Reisenden und Wirthen, Fuhrleuten, Schiffern, Flößern oder Auswanderungsexpedienten in den Einschiffungshäfen, welche über Wirthszechen, Fuhrlohn, Ueberfahrtsgelder, Beförderung der Reisenden und ihrer Habe und über Verlust und Beschädigung der letzteren, sowie Streitigkeiten zwischen Reisenden und Handwerkern, welche aus Anlaß der Reise entstanden sind;

Streitigkeiten wegen Viehmängel;

Streitigkeiten wegen Wildschadens;

Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlafe;

das Aufgebotsverfahren.

Die Amtsgerichte sind demnach nicht die ordentlichen Gerichten erster Instanz. Sie haben nur eine beschränkte Gerichtsbarkeit. Die Gesichtspunkte der Beschränkung sind der Werth des Streitobjekts oder das Bedürfniß nach rascher Rechtspflege, die nicht selten auch Vertrautheit des Richters mit örtlichen Verhältnissen voraussetzt.

Bezüglich des ersten Gesichtspunktes ist kein Unterschied zwischen Mobiliar- und Immobiliaransprüchen. Die Gleichstellung derselben steht im Gegensatze zu dem französischen Prozeß (s. Rogron, Code de procédure civile expliqué zu Art. 2 und zu Livre second. Des Tribunaux inferieurs. Wernz, Commentar zur bayr. CPO. S. 23) und der bayerischen Prozeßordnung (Art. 5 Ziff. 2). Nach der letzteren gehören alle Immobiliaransprüche vor die Bezirksgerichte.

Bezüglich des anderen Gesichtspunktes ist allen unter denselben gestellten Fällen gemeinsam, daß die amtsgerichtliche Zuständigkeit niemals vom Werthe des Streitobjektes abhängt. Nach beiden Richtungen ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig in dem Sinne, daß es nicht etwa nur in der Wahl des Klägers steht, ob er die amtsgerichtliche Competenz anrufen will. (Vergl. Prot. der Commission S. 180, 181.)

Besondere Betrachtung gebührt den einzelnen Fällen der Nr. 2 des §. 23.

a) Miethstreitigkeiten. Vgl. hiezu §. 8, 253 und 467 der CPO. und unten zu §. 8.

Es sind Streitigkeiten aus der Miethe engeren Sinnes gemeint und zwar der Miethe von Räumen, nicht von anderen Sachen. Ausgeschlossen sind Streitigkeiten aus dem Pachtverhältnisse. (Allgemeine Begründung des GVG. S. 61). Ueber die Bedeutung des Wortes „Wohnungsräume" kann nicht wohl ein Zweifel aufkommen. Man hat darunter Räume zu verstehen, welche zum Wohnen für Menschen bestimmt sind.

Was das Gesetz unter den „anderen Räumen" versteht, ist aus ihm selbst nicht ersichtlich. Nur in soweit dieselben in Pacht gegeben sind, d. h. zum Zwecke des Fruchtbezuges überlassen sind, fallen sie unter diesen Paragraphen nicht. Wie aber, wenn z. B. Gärten, Holzhöfe, Turnplätze vermiethet werden (s. Wernz, Commentar zur bayr. CPO. S. 26)? Sind hier Räume im Sinne des Gesetzes vermiethet? Die Frage wird bejaht werden müssen, da das Gesetz in keiner Weise andeutet, daß der Ausdruck „Räume" auf solche Räume zu beschränken sei, welche sich in Gebäuden befinden.

Jedoch nur Streitigkeiten wegen Ueberlassung, Benutzung und Räumung der Miethlokalitäten sowie wegen Geltendmachung des Retentionsrechtes der Vermiether fallen unter diesen Paragraphen. Nicht unter diesen fällt demnach die actio ex locato auf Zahlung des Miethzinses. Die Aufnahme einer dahinzielenden Bestimmung, welche der Entwurf des GVG. auf Antrag Bayerns in Uebereinstimmung mit Art. 6 Ziff. 1 der bayr. CPO. enthalten hatte, wurde in der Commission des Reichstags ausdrücklich abgelehnt. (Prot. der Commission betr. die Berathung des GVG. S. 176), desgleichen die Bestimmung des Entwurfes; „solange das Miethverhältniß noch besteht" (s. Entw. des GVG. §. 12 Nr. 2 Abs. 1). Die Commission erachtete diese Fassung für unklar und verwirrend Angesichts der Aeußerung in der Begründung des §. 12 Nr. 2 des Entwurfes (S. 61), wonach hierunter auch das thatsächliche Bestehen des Miethverhältnisses begriffen war (Prot. der Commission a. a. O.). Demnach steht jetzt außer Zweifel, daß für die Competenz des Amtsgerichtes das rechtliche Bestehen des Miethverhältnisses stets vorausgesetzt wird, soweit es sich nicht

um Räumung oder Zurückhaltung handelt. Hier wird in der Regel das Bestandenhaben des Miethverhältnisses Klaggrund sein.

Das bloße Innehaben eines Raumes mit der Behauptung des Miethverhältnisses (thatsächliches Bestehen) genügt also keinesfalls. Die Klage wegen des Zurückbehaltungsrechts setzt übrigens nicht nothwendig die Auflösung des Miethverhältnisses voraus. Denn das Zurückbehaltungsrecht kann sich auch dann geltend machen, wenn der Miether vor Ablauf der Miethzeit den Miethraum verläßt und seine Mobilien entfernen will, ohne die Auflösung des Miethverhältnisses zu behaupten. — (Bez. der Wohnungsräumung vergl. bayr. Polizeistrafgesetzbuch vom 26. Dezember 1871 Art. 38).

Zu den Streitigkeiten wegen Ueberlassung, Benützung und Räumung sind auch jene zu zählen, welche eine Entschädigungsforderung wegen Nichtüberlassung, Unmöglichkeit der Benützung, nicht rechtzeitiger Räumung betreffen.

Daß unter den Begriffen „Vermiether und Miether" auch Aftervermiether und Aftermiether zu verstehen sind, bedarf keines weiteren Nachweises. Dagegen gehört gewiß nicht der Aftermiether zur Kategorie der Miether gegenüber dem Hauptvermiether, noch umgekehrt.

Ebensowenig kann eine Cession der Ansprüche auf Ueberlassung oder Benützung für den Cessionar die Competenz des Amtsgerichts begründen. Denn nicht die Natur des Anspruches allein ist Motiv für die Anordnung der amtsgerichtlichen Competenz gewesen, sondern auch die Voraussetzung, daß der Streit sich zwischen der Person des Vermiethers und der Person des Miethers entspinne. —

Anders liegt die Sache dann, wenn durch den Eintritt eines neuen Erwerbers der gemietheten Sache der Miethvertrag auf diesen übergeht, wie dieß z. B. in Bayern nach §. 21 des Landtagsabschieds vom 18. Februar 1871 geltendes Recht ist (s. auch Preuß. Landrecht Th. I Tit. 21 §. 358), oder im Falle der Universalsuccession.

b) Die Streitigkeiten aus dem Gesinde- und Arbeitsverhältnisse und die Streitigkeiten des §. 108 der Reichsgewerbeordnung.

Die in §. 108 der Reichsgewerbeordnung bezeichneten Streitigkeiten sind: „Streitigkeiten der selbstständigen Gewerbetreibenden mit ihren Gesellen, Gehülfen und Lehrlingen, die sich auf den Antritt, die Fortsetzung oder Aufhebung des Arbeits- oder Lehrverhältnisses, auf die gegenseitigen Leistungen während der Dauer desselben oder auf die Ertheilung oder den Inhalt der in den §§. 113 u. 124 erwähnten Zeugnisse beziehen" (RGO. §. 108) [1]). Auch diese Streitigkeiten beziehen sich auf das Arbeitsver-

---

[1]) §. 113 der RGO.: Beim Abgange können die Gesellen und Gehülfen ein Zeugniß über die Art und Dauer ihrer Beschäftigung fordern, welches auf

hältniß; sie bilden demnach eine Unterart der im Eingange des Abs. 2 der Nr. 2 genannten Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitern; außerdem betreffen sie auch das Lehrlingsverhältniß, welches nicht in dem Begriff des Arbeitsverhältnisses aufgeht.

Der Regierungsentwurf des GVG. hatte die in Abs. 2 erwähnten Streitigkeiten ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Entstehung den Amtsgerichten zugewiesen. Das Gesetz adoptirte die Abänderung der Commission des Reichstags, wonach jene Streitigkeiten zu den Amtsgerichten nur insoferne competiren, als dieselben während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen. Unter Entstehung ist der rein factische Vorgang zu denken, welcher das Obwalten von Differenzen zum Ausdruck bringt, nicht etwa die rechtliche Constellation, auf Grund deren der Streit geführt wird. Wird z. B. ein Streit nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses darüber anhängig, ob der Arbeitgeber rückständigen Lohn zu zahlen habe, so gilt die Streitigkeit nicht als während der Dauer des Arbeitsverhältnisses entstanden, wenngleich der Verpflichtungsgrund zur Zahlung in jene Zeit gehört. —

Die Klage auf Ertheilung des in den §§. 113 und 124 der RGO. erwähnten Zeugnisses findet nach Auffassung der Commission des Reichstags und des Bundesrathscommissärs nur dann statt, wenn der Anspruch auf die Ertheilung als civilrechtlicher Anspruch in den Landesgesetzen anerkannt sei. Es habe weder durch die RGO. noch durch das GVG. der Anspruch als civilrechtlicher allgemein anerkannt werden wollen. (Prot. der Commission betr. den Entw. eines GVG. S. 177.)

c) Die Streitigkeiten zwischen Wirthen, Fuhrleuten rc. und Reisenden wegen bestimmter, eine rasche Erledigung heischender Ansprüche.

Dieser Absatz ist der bayr. Prozeßordnung Art. 6 Ziff. 3 entnommen und nur auf Antrag aus der Mitte der Commission durch den Zusatz der „Auswanderungsexpedienten in Einschiffungshäfen" erweitert worden.

d) Streitigkeiten wegen Viehmängel.

Antrag der Betheiligten und, wenn gegen den Inhalt sich nichts zu erinnern findet, von der Gemeindebehörde kosten- und stempelfrei zu beglaubigen ist. Dieses Zeugniß ist auf Verlangen der Gesellen und Gehülfen auch auf ihre Führung auszudehnen.

§. 124 der RGO.: Bei Auflösung des Lehrverhältnisses kann der Lehrling über die Dauer der Lehrzeit und die während derselben erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten, sowie über sein Betragen vom Lehrherrn ein Zeugniß fordern, welches auf Antrag der Betheiligten und, wenn gegen den Inhalt sich nichts zu erinnern findet, von der Gemeindebehörde kosten- und stempelfrei zu beglaubigen ist.

In welchem Umfange Viehmängel zu Klagen berechtigen, beantwortet sich nach den Landesgesetzen. (Vgl. bayr. Gesetz vom 26. März 1859, die Gewährleistung bei Viehveräußerungen betr. Sächs. bürgerl. Gesetzb. §. 924, 929. Code civil Art. 1641—1649. Pr. Ldr. I, 11 §. 192—206. Reyscher, das würtemb. Privatr. §. 417.)

e) Streitigkeiten wegen Wildschadens.

Thatbestand und Rechtswirkung des Wildschadens ist gleichfalls den Landesgesetzen zu entnehmen (s. Beseler, Deutsches Privatrecht §. 196 S. 817. Preuß. Landrecht I. 9 §. 142—148. Preuß. Gesetz v. 7. März 1850 §. 22. Bayr. Gesetz v. 15. Juni 1850, den Ersatz des Wildschadens betr.).

f) Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlafe.

Die bayr. Prozeßordnung Art. 6 Ziff. 7 hatte diese Ansprüche aufgezählt. (Vgl. Preuß. Entw. §. 47 Ziff. 3. Nordd. Entw. §. 11. II. 3.) Aus den Civilrechten s. Pr. Ldr. II. 1. Elfter Abschn. II, 2 §. 612, 613. Bayr. Ldr. Th. I Cap. 4 §. 9 Nr. 4. Th. IV Cap. 16 §. 6 Nr. 6. Sächs. Civilgesetzb. §§. 1551—1553. 1858—1874 cf. §. 12 ebenda. Reyscher a. a. O. §. 506 u. 609.

g) Das Aufgebotsverfahren.

Durch die Competenzbestimmung des Abs. 7 wird der Abs. 2 des §. 823 der Civilprozeßordnung ergänzt. Hier kann jedoch auch die Landesgesetzgebung modificirend eingreifen. Nach §. 3 Abs. 3 des EG. zum GVG. und §. 11 des EG. zur CPO. können die Landesgesetze für das Aufgebotsverfahren, welches nicht in Reichsgesetzen begründet ist, eine andere als die amtsgerichtliche Zuständigkeit festsetzen. Ueber die civilrechtlichen Bestimmungen bez. des Aufgebots s. u. zu §. 823 der CPO.

II.

§. 59.

Bei den Landgerichten werden Civil- und Strafkammern gebildet.

§. 70.

Vor die Civilkammern, einschließlich der Kammern für Handelssachen, gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche nicht den Amtsgerichten zugewiesen sind.

Die Landgerichte sind ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig:

1. für die Ansprüche, welche auf Grund des Gesetzes vom 1. Juni 1870 über die Abgaben von der Flößerei oder auf Grund des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten vom 31. März 1873 gegen den Reichsfiskus erhoben werden;
2. für die Ansprüche gegen Reichsbeamte wegen Ueberschreitung

ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen.

Der Landesgesetzgebung bleibt überlassen, Ansprüche der Staatsbeamten gegen den Staat aus ihrem Dienstverhältnisse, Ansprüche gegen den Staat wegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wegen Verschuldung von Staatsbeamten und wegen Aufhebung von Privilegien, Ansprüche gegen Beamte wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen, sowie Ansprüche in Betreff öffentlicher Abgaben ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes den Landgerichten ausschließlich zuzuweisen.

Die Landgerichte in ihren Civilkammern sind nach Abs. 1 des §. 70 die ordentlichen Gerichte erster Instanz [2]). Prinzipiell kommt ihnen unbeschränkte Gerichtsbarkeit zu. Nur insoweit die Amtsgerichte in Ausnahmsfällen competent sind, ist die Gerichtsbarkeit der Landgerichte ausgeschlossen.

Eine Ausnahme dieser Ausnahme wird im zweiten Absatze des §. 70 getroffen, indem die dort bezeichneten Klagen ohne Rücksicht auf den Werth des Streitobjects der landgerichtlichen Beurtheilung unterstellt sind. Die Ansprüche aus dem Gesetze über die Abgaben von der Flößerei sind in nachstehender Weise bestimmt:

§. 1 Abs. 1 des Ges. v. 1. Juni 1870:

Auf den nur flößbaren Strecken derjenigen natürlichen Wasserstraßen, welche mehreren Bundesstaaten gemeinschaftlich sind, dürfen von der Flößerei mit verbundenen Hölzern Abgaben nur für die Benutzung besonderer zur Erleichterung des Verkehrs bestimmter Anstalten erhoben werden.

§. 2 Abs. 1:

Für die Aufhebung der nach §. 1 unzulässigen Abgaben wird alsdann eine Entschädigung geleistet, wenn das Recht zur Erhebung der Abgabe auf einem lästigen Privatrechtstitel beruht und nicht einem Bundesstaate zusteht.

Abs. 2:

Die Leistung der Entschädigung erfolgt aus der Bundeskasse; die Entschädigung besteht in dem achtzehnfachen Betrage des durchschnittlichen Reinertrages der Abgabe aus den Jahren 1867, 1868 und 1869.

(Vgl. hiezu jedoch den §. 8 des Gesetzes betr. die Einführung Norddeutscher Bundesgesetze in Bayern vom 22. April 1871.)

§. 3.

Abgaben, welche als Entschädigungen an Besitzer von Wasserwerken, insbesondere Wehren, zu betrachten sind, gehören nicht zu den nach der Bestimmung des §. 1 unzulässigen. Es dürfen jedoch vom 1. Januar 1872 an dergleichen Abgaben:

---

[2]) Ueber die Worte „einschließlich der Kammern für Handelssachen" s. u. zu §. 101 des GVG. S. 36.

1) nur in Geld nach Tarifen, welche von den Landesregierungen festgestellt sind, erhoben werden;
2) den Betrag, in welchem sie bisher erhoben sind, und das Maaß einer billigen Entschädigung für geleistete Dienste, Beschädigung der Wehre oder gehinderten Betrieb nicht überschreiten;
3) bei neu angelegten Mühlen oder nicht mehr vorhandenen Wehren überall nicht erhoben werden.

Ueber die Ansprüche der Reichsbeamten gegen den Reichsfiskus s. das Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten §§. 4 bis 9, 14 Abs. 2, §. 18 (hiezu die Verordnung über Tagegelder, Fuhrkosten und Umzugskosten der Reichsbeamten v. 21. Juni 1875 und betr. die Tagegelder &c. von Beamten der Reichseisenbahnverwaltung und der Postverwaltung vom 5. Juli 1875), §§. 23 bis 31, 35 bis 37, 40 bis 72. —

Ziff. 2 des Abs. 2 im §. 70 des GVG. lehnt sich an Art. 5 Ziff. 4 der bayr. Prozeßordnung an.

III.

§. 71.

Die Civilkammern sind die Berufungs- und Beschwerdegerichte in den vor den Amtsgerichten verhandelten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Dieser Paragraph erleidet eine Ausnahme, wenn über die Berechtigung zur Ablehnung oder Leistung der Rechtshilfe Seitens des Amtsgerichtes entschieden werden soll. Zu dieser Entscheidung ist das dem Amtsgericht vorgesetzte Oberlandesgericht berufen. (GVG. §§. 158—160. Vgl. Begründung des Gerichtsverfassungsgesetzes zu §. 130 des Entw. S. 192.)

IV.

§. 100.

Soweit die Landesjustizverwaltung ein Bedürfniß als vorhanden annimmt, können bei den Landgerichten für deren Bezirke oder für örtlich abgegrenzte Theile derselben Kammern für Handelssachen gebildet werden.

Solche Kammern können ihren Sitz innerhalb des Landgerichtsbezirkes auch an Orten haben, an welchen das Landgericht seinen Sitz nicht hat.

§. 101.

Vor die Kammern für Handelssachen gehören nach Maßgabe der folgenden Vorschriften diejenigen den Landgerichten in erster Instanz zugewiesenen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch die Klage ein Anspruch:

1) gegen einen Kaufmann (Art. 4 des Handelsgesetzbuchs) aus Geschäften, welche auf Seiten beider Kontrahenten Handelsgeschäfte (Art. 271—276 des Handelsgesetzbuchs) sind;
2) aus einem Wechsel im Sinne der Wechselordnung;
3) aus einem der nachstehend bezeichneten Rechtsverhältnisse geltend gemacht wird:

a) aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft, zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber eines Handelsgewerbes, zwischen den Theilnehmern einer Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften oder einer Vereinigung zum Handelsbetriebe (Art. 10 des Handelsgesetzbuchs), sowohl während des Bestehens als nach Auflösung des geschäftlichen Verhältnisses, sowie aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Liquidatoren oder den Vorstehern einer Handelsgesellschaft und der Gesellschaft oder den Mitgliedern der Gesellschaft;

b) aus dem Rechtsverhältnisse, welches das Recht zum Gebrauche der Handelsfirma betrifft;

c) aus den Rechtsverhältnissen, welche sich auf den Schutz der Marken, Muster und Modelle beziehen;

d) aus dem Rechtsverhältnisse, welches durch die Veräußerung eines bestehenden Handelsgeschäfts zwischen den Kontrahenten entsteht;

e) aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Prokuristen, dem Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehülfen und dem Eigenthümer der Handelsniederlassung, sowie aus dem Rechtsverhältnisse zwischen einer dritten Person und demjenigen, welcher ihr als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter aus einem Handelsgeschäfte haftet (Art. 55 des Handelsgesetzbuchs);

f) aus dem Rechtsverhältnisse, welches aus den Berufsgeschäften des Handelsmäklers im Sinne des Handelsgesetzbuchs zwischen diesem und den Parteien entsteht;

g) aus den Rechtsverhältnissen des Seerechts, insbesondere aus denjenigen, welche auf die Rhederei, die Rechte und Pflichten des Rheders, des Korrespondentrheders und der Schiffsbesatzung, auf die Bodmerei und die Haverei, auf den Schadensersatz im Falle des Zusammenstoßens von Schiffen, auf die Bergung und Hülfeleistung in Seenoth und auf die Ansprüche der Schiffsgläubiger sich beziehen.

Durch diese Paragraphen wird vor Allem die Bedeutung des „einschließlich der Kammern für Handelssachen" in §. 70 Abs. 1 des GVG. klar. Die Kammern für Handelssachen sind darnach Landgerichtsabtheilungen. Es wird dadurch die Kammer für Handelssachen als zuständiges Gericht in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die in §. 101 aufgezählt sind und nicht ihrem W e r t h e nach vor die Amtsgerichte gehören, bezeichnet. Hierin liegt zugleich ausgesprochen, daß an der amtsgerichtlichen Zuständigkeit durch den §. 101 nichts geändert wird. —

Nach Ziff. 1 des §. 101 setzt die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen voraus:

a) eine Klage aus Geschäften, welche auf Seiten beider Kontrahenten Handelsgeschäfte im Sinne des Handelsgesetzbuches (Art. 271—276) sind;

b) die Kaufmannseigenschaft des Beklagten (Art. 4 des Handelsgesetzbuchs), so daß die Klage aus einem beiderseitigen Handelsgeschäfte gegen den Nichtkaufmann als Rechtsnachfolger des Kaufmannes nicht vor die Kammer für Handelssachen gehört[1]), während die Eigenschaft des Geschäftes als Handelsgeschäftes sich nur nach dem Verhältniß zwischen den Kontrahenten des Geschäfts beurtheilt. Aus dem letztern Umstand folgt z. B., daß die Kompetenz der Handelskammer gegeben ist, wenn der Erbe eines Kaufmanns gegen einen Kaufmann aus einem Darlehen des Erblassers klagt, ohne Rücksicht darauf, daß der Erbe und Kläger nicht Kaufmann ist, wiewohl ein von ihm gegebenes Darlehen für ihn kein Handelsgeschäft wäre. —

Ziffer 2 des §. 101 sowie die folgenden Ziffern gelten selbstverständlich ebenfalls nur mit der Maßgabe des Abs. 1 d. h. sie beziehen sich nicht auf Prozeßobjekte bis zu 300 Mk. Werth.

Ziffer 3 lit. a umfaßt unter dem Begriffe Handelsgesellschaft auch alle Actiengesellschaften. HGB. Art. 114 nnd 208.

Zu Ziff. 3 lit. c vgl. Ges. v. 30. November 1874 über den Markenschutz.

Die Fassung der lit. d schließt die Competenz der Kammer für Handelssachen im Falle der Rechtsnachfolge auf einer oder auf beiden Seiten aus. Dagegen wird hier wie überall, wo auf die Person des Kontrahenten Gewicht gelegt werden muß, als Kontrahent auch der zu gelten haben, in dessen Namen durch einen Stellvertreter kontrahirt wurde. Würde man nicht von dieser Auffassung ausgehen (wie die herrschende Meinung in der Doctrin des Civilrechts thut — s. neuestens Zimmermann, die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio S. 37 f. 86 f. und hiezu kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. XIX S. 353 ff.), so käme man zu dem Ergebniß, daß auf eine Klage des A gegen den B aus der Veräußerung des A'schen Handelsgeschäftes, welche C als Stellvertreter des A vorgenommen hatte, die Ziffer d des §. 101 unanwendbar wäre. —

In lit. e wird durch den zweiten Satz „sowie ꝛc." von dem Prinzip der Ziff. 1 eine Ausnahme zu Ungunsten des falsus procurator aufgestellt. —

Zu lit. g s. HGB. V. Buch.

V. §. 102.

Die Verhandlung des Rechtsstreits erfolgt vor der Kammer für Handelssachen, wenn der Kläger dies in der Klageschrift beantragt hat. Die Einlassungsfrist (§. 234 Satz 1 der Civilprozeßordnung) beträgt mindestens zwei Wochen.

In den Fällen der §§. 466, 467 der Civilprozeßordnung hat

---

1) S. Mot. z. Entw. des GVG. S. 125 u. Prot. der Commission S. 529 und 493, 494.

der Kläger den Antrag auf Verhandlung vor der Kammer für Handelssachen in der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgerichte zu stellen.

§. 103.

Wird vor der Kammer für Handelssachen eine vor dieselbe nicht gehörige Klage zur Verhandlung gebracht, so ist der Rechtsstreit auf Antrag des Beklagten an die Civilkammer zu verweisen.

Gehört die Klage oder die im Falle des §. 467 der Civilprozeßordnung erhobene Widerklage als Klage nicht vor die Kammer für Handelssachen, so ist diese auch von Amtswegen befugt, den Rechtsstreit an die Civilkammer zu verweisen, so lange nicht eine Verhandlung zur Hauptsache erfolgt und auf dieselbe ein Beschluß verkündet ist. Die Verweisung von Amtswegen kann nicht aus dem Grunde erfolgen, daß der Beklagte nicht Kaufmann ist.

§. 104.

Wird vor der Civilkammer eine vor die Kammer für Handelssachen gehörige Klage zur Verhandlung gebracht, so ist der Rechtsstreit auf Antrag des Beklagten an die Kammer für Handelssachen zu verweisen. Ein Beklagter, welcher nicht in das Handelsregister eingetragen ist, kann den Antrag nicht darauf stützen, daß er Kaufmann ist.

Der Antrag ist zurückzuweisen, wenn die im Falle des §. 467 der Civilprozeßordnung erhobene Widerklage als Klage vor die Kammer für Handelssachen nicht gehören würde.

Zu einer Verweisung von Amtswegen ist die Civilkammer nicht befugt.

Die Civilkammer ist zur Verwerfung des Antrags auch dann befugt, wenn der Kläger demselben zugestimmt hat.

§. 105.

Wird in einem bei der Kammer für Handelssachen anhängigen Rechtsstreite die Klage in Gemäßheit des §. 253 der Civilprozeßordnung durch den Antrag auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses erweitert oder eine Widerklage erhoben und gehört die erweiterte Klage oder die Widerklage als Klage nicht vor die Kammer für Handelssachen, so ist der Rechtsstreit auf Antrag des Gegners an die Civilkammer zu verweisen.

Unter der Beschränkung des §. 103 Abs. 2 ist die Kammer zu der Verweisung auch von Amtswegen befugt. Diese Befugniß tritt auch dann ein, wenn durch eine Klagänderung ein Anspruch geltend gemacht wird, welcher nicht vor die Kammer für Handelssachen gehört.

§. 106.

Der Antrag auf Verweisung des Rechtsstreits an eine andere Kammer ist nur vor der Verhandlung des Antragstellers zur Sache zulässig.

Ueber den Antrag ist vorab zu verhandeln und zu entscheiden.

§. 107.

Gegen die Entscheidung über Verweisung eines Rechtsstreits an die Civilkammer oder an die Kammer für Handelssachen findet kein Rechtsmittel statt. Erfolgt die Verweisung an eine andere Kammer, so ist diese Entscheidung für die Kammer, an welche der Rechtsstreit verwiesen wird, bindend. Der Termin zur weiteren mündlichen Verhandlung wird von Amtswegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht.

§. 108.

Bei der Kammer für Handelssachen kann ein Anspruch in Gemäßheit des §. 61 der Civilprozeßordnung nur dann geltend gemacht werden, wenn der Rechtsstreit nach den Bestimmungen des §. 101 vor die Kammer für Handelssachen gehört.

Die Competenz der Kammern für Handelssachen ist, wie sich aus §. 102 im Zusammenhalte mit §. 104 ergibt, nicht eine ausschließliche.

Es hängt zunächst von dem Willen des Klägers ab, ob er die Klage vor die Kammer für Handelssachen bringen will oder nicht. In zweiter Linie kommt der Wille des Beklagten in Betracht, dann nämlich, wann der Kläger die Handelssache vor die Civilkammern gebracht hat, der Beklagte aber auf Verhandlung vor der Kammer für Handelssachen besteht. Diesem Begehren des Beklagten ist nur für den Fall des §. 101 Ziff. 1 dadurch eine Schranke gezogen, daß er dasselbe auf seine Kaufmannseigenschaft nicht stützen kann, wenn er nicht im Handelsregister eingetragen ist.

Umgekehrt ist nach §. 103 Abs. 1, §. 105 Abs. 1, §. 108 der Beklagte zur Einlassung vor der Kammer für Handelssachen nicht genöthigt, wenn eine Handelssache (§. 101) nicht vorliegt.

In beiden Fällen ist aber die Folge des beklagtischen Begehrens nicht eine Klags-Abweisung wegen Incompetenz, sondern Verweisung der Sache vor die zuständige Kammer. Diese Verweisung kann in Fällen, wo die unzuständige Kammer für Handelssachen angegangen ist, auch unter Umständen von Amtswegen geschehen (§. 103 Abs. 2 und §. 105 Abs. 2). Im entgegengesetzten Falle ist die Verweisung nur auf Antrag, die Abweisung des Begehrens auch von Amtswegen zuläßig (§. 104 Abs. 2, 3); die letztere auch im Widerspruche mit einer Prorogation der Parteien auf die Handelskammern (§. 104 Abs. 4).

Ueber §§. 103—107 s. noch unten zu §. 235 der CPO.

Ueber §. 103 Abs. 2, §. 104 Abs. 2 und §. 105 Abs. 2 s. noch unten zu §. 467 der CPO.

VI. §. 123.

Die Oberlandesgerichte sind zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel:

1) der Berufung gegen die Endurtheile der Landgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten;

4) der Beschwerde gegen Entscheidungen der Landgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Zu Ziff. 4 vgl. oben die Erläuterung zu §. 71 S. 35.

Unter „Beschwerde" in Ziff. 4 ist auch die „weitere Beschwerde" gegen die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts zu verstehen, soferne weitere Beschwerde nach §. 531 Abs. 2 der CPO. zulässig ist (s. Mot. zu §. 95 des Entw. eines GVG.).

VII. §. 135.

In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist das Reichsgericht zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel:

1) der Revision gegen die Endurtheile der Oberlandesgerichte;

2) die Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

Zu Ziff. 2 gilt entsprechend das zu Ziff. 4 des §. 123 Bemerkte (s. Mot. zu §. 106 des Entw. eines GVG.).

An Stelle des Reichsgerichts tritt ein oberster Landesgerichtshof nach Maßgabe der Bestimmungen des §. 8 des EG. zum GVG., welcher lautet:

Durch die Gesetzgebung eines Bundesstaates, in welchem mehrere Oberlandesgerichte errichtet werden, kann die Verhandlung und Entscheidung der zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehörenden Revisionen und Beschwerden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten einem obersten Landesgerichte zugewiesen werden.

Diese Vorschrift findet jedoch auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, welche zur Zuständigkeit des Reichs-Oberhandelsgerichts gehören oder durch besondere Reichsgesetze dem Reichsgerichte zugewiesen werden, keine Anwendung.

Zu Abs. 1: Die Gesetzgebung des Königreichs Sachsen kann zufolge des Reichsgesetzes vom 11. April 1877 über den Sitz des Reichsgerichts von der Ermächtigung dieses §. 8 keinen Gebrauch machen.

Das genannte Gesetz bestimmt nämlich:

§. 1.

Auf denjenigen Bundesstaat, in dessen Gebiet das Reichsgericht seinen Sitz hat, findet §. 8 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz keine Anwendung.

§. 2.

Das Reichsgericht erhält seinen Sitz in Leipzig.

(RGB. 1877 Nr. 17.)

Zu Abs. 2: Ueber die formelle Behandlung der Zuständigkeitsfrage in den Fällen des Abs. 2 des §. 8 des GVG. vgl. §. 7 des EG. zur CPO.

Die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche zur Zuständigkeit des Reichsoberhandelsgerichts gehören, sind:

1) die in §. 13 des Gesetzes vom 12. Juni 1869 bezeichneten (Bundesgesetzblatt v. 1869 S. 20);

2) die Streitigkeiten über Entschädigungsansprüche aus dem Gesetze vom 1. Juni 1870 über die Abgaben von der Flößerei (Bundesgesetzblatt v. 1870 S. 312);

3) die Streitigkeiten über Ansprüche auf Entschädigung oder Einziehung nach Maßgabe des Gesetzes über das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w. vom 11. Juni 1870 (Bundesgesetzblatt v. 1870 S. 339);

4) die vor den Reichskonsulargerichten verhandelten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (cf. §. 22 des Ges. betr. die Organisation der Bundesconsulate v. 8. November 1867 und §. 3 des Gesetzes, betr. die Einführung norddeutscher Bundesgesetze in Bayern vom 22. April 1871 Bundesgesetzbl. v. 1867 S. 141 und Reichsgesetzbl. v. 1871 S. 88);

5) die Streitigkeiten über Entschädigungsansprüche aus dem Gesetze vom 7. Juni 1871, betr. die Verbindlichkeit zum Schadensersatze für die bei dem Betrieb von Eisenbahnen u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen (s. Reichsgesetzbl. v. 1871 S. 209 §. 10);

6) Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche der Reichsbeamten an den Reichsfiskus aus ihrem Dienstverhältnisse und über Entschädigungsansprüche gegen Reichsbeamte wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen (Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten v. 31. März 1873. Reichsgesetzblatt v. 1873 S. 73 §§. 152—154, 144, 149);

7) Streitigkeiten, in welchen durch Klage oder Widerklage ein Anspruch aus Rechtsverhältnissen geltend gemacht wird, welche auf die Bergung außer dem Falle der Seenoth sich beziehen (Strandordnung vom 17. Mai 1874 §. 44, Reichsgesetzbl. v. 1874 S. 82);

8) alle Rechtsstreitigkeiten in Elsaß-Lothringen (Ges. vom 14. Juni 1871, Reichsgesetzblatt v. 1871 S. 325).

Durch den zweiten Satz des Abs. 2 „oder durch besondere Reichsgesetze rc.“ ist auch für die zukünftige Gestaltung der Zuständigkeit des Reichsgerichts Vorsorge getroffen.

Bei Entscheidung der Zuständigkeitsfrage ist nicht die Rechtsnorm maßgebend, deren Verletzung das Reichsgericht zu prüfen hat, sondern die Rechtssache, d. h. es kommt darauf an, ob die Klage (unter Umständen Widerklage) gegründet ist auf einen Anspruch, dessen letztinstanzielle Beurtheilung ein Gesetz dem Reichsoberhandelsgericht zuweist, oder nicht. (S. Mot. z. Entw. eines GVG. S. 25. — Prot. der Comm. hierüber S. 455, 464.)

Demnach bleibt dem Reichsgericht jedenfalls die gegenwärtige Zuständigkeit des Reichsoberhandelsgerichts. Diese Zuständigkeit ist vielfach mittelbar in landesgesetzlichen Bestimmungen begründet. Z. B. bezeichnet Art. 63 Ziff. 1 des bayr. EG. zum Handelsgesetzbuch alle Rechtsverhältnisse als Handelssachen, welche aus Handelsgeschäften zwischen den Betheiligten entstehen, also auch Rechtsverhältnisse aus Handelsgeschäften von Nichtkaufleuten. Nach Abs. 2 des §. 13 des Gesetzes über die Errichtung eines Bundesoberhandelsgerichts vom 12. Juni 1869 im Zusammenhalte mit Art. 7 der bayr. CPO. gehören auch diese zur Competenz des Reichsoberhandelsgerichtes, demnach künftig zu der des Reichsgerichts, wenngleich sie nach §. 101 des GVG. nicht zu den Kammern für Handelssachen zuständig sind (Comm. Prot. zum GVG. Vgl. §.13 u. 14 Abs. 1 des EG. zur CPO. S. 463, 464).

Die allgemeinen Zuständigkeitsregeln des GVG. erleiden Ausnahmen und Beschränkungen durch die §§. 3, 5, 7 des EG. zum GVG. (vgl. §. 5 des EG. zur CPO.).

§. 3.

Die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, kann den ordentlichen Landesgerichten durch die Landesgesetzgebung übertragen werden. Die Uebertragung darf nach anderen als den durch das Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Zuständigkeitsnormen erfolgen.

Auch kann die Gerichtsbarkeit letzter Instanz in den vorerwähnten Sachen auf Antrag des betreffenden Bundesstaates mit Zustimmung des Bundesraths durch Kaiserliche Verordnung dem Reichsgerichte übertragen werden.

Insoweit für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein von den Vorschriften der Civilprozeßordnung abweichendes Verfahren gestattet ist, kann die Zuständigkeit der ordentlichen Landesgerichte durch die Landesgesetzgebung nach anderen als den durch das Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Normen bestimmt werden.

§. 5.

In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsge-

setzes nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten.

§. 7.

Die Militärgerichtsbarkeit, sowie das landesgesetzlich den Standesherren gewährte Recht auf Austräge werden durch das Gerichtsverfassungsgesetz nicht berührt.

Zu §. 3 Abs. 1 s. §. 14 des GVG. und Motive zum Entwurf eines GVG. S. 33 ff. Ueber die in §. 14 des GVG. sub Ziff. 1 genannten Gerichte s. Additionalacte zur Elbschifffahrtsacte vom 23. Juni 1821 d. d. 13. April 1844 in der Preuß. Ges.-Sammlung 1844 S. 468 §. 46 ff.; Revidirte Rheinschiffahrtsacte vom 17. October 1868 in der Preuß. Ges.-Sammlung 1869 S. 798 ff. und Rönne, Staatsrecht der preußischen Monarchie II. Bd. Abtheilung 1 §. 326.

Zu §. 3 Abs. 3 s. §. 11 und 15 des EG. zur CPO.

Die Fälle des Abs. 1 und 3 unterscheiden sich grundsätzlich dadurch, daß für letztere nicht wie für erstere besondere Gerichte zugelassen sind; sie harmoniren darin, daß eine von den allgemeinen Zuständigkeitsnormen abweichende Zuständigkeitsfestsetzung den Landesgesetzgebungen offen bleibt.

Zu §. 5 vgl. für Bayern: v. Pözl, Lehrbuch des bayr. Verfassungsrechts (4. Aufl.) S. 408 Anm. 12 S. 215, 216; — für Preußen: v. Rönne, Staatsrecht der preußischen Monarchie II. Bd. 1. Abth. §. 296 Nr. III S. 291 f.; für Würtemberg: Fecht, Civilprozeßordnung des Königreichs Würtemberg Art. 15; für die thüring'schen Staaten: Heimbach, Lehrbuch des sächs. bürgerl. Prozesses S. 60 Not. 1; für Anhalt: Heffter, die Sonderrechte der souveränen und mediasirten Häuser Deutschlands (1871) S. 236; für das Königreich Sachsen: Heffter a. a. O. S. 300; für Braunschweig: Hannövrisch-Braunschweigisches Hausgesetz vom 19. November 1836, Capitel 9 (s. Heffter a. a. O. S. 314 f.). In Baden wie im Großherzogthum Hessen bestehen besondere Gerichtsstände für den Souverän und die Mitglieder des regierenden Hauses nicht (s. Heffter a. a. O. S. 238, 258 und Motive zu §. 5 des Entwurfs eines EG. zum GVG.).

Gegenüber dem Vorbehalte der hausgesetzlichen Bestimmungen in §. 5 kann die Frage aufgeworfen werden, ob sich derselbe nur auf die zur Zeit des Erlasses des GVG. bestehenden Hausgesetze beziehe, oder ob auch in Zukunft die Hausgesetzgebung freie Hand habe. Zu einer Entscheidung dieser Frage sind die gesetzgebenden Factoren nicht gelangt. In der Commissionssitzung vom 11. Februar 1876 (KPr. S. 768) bemerkte Abgeordneter

Lasker zu §. 5: „Er nehme an, daß die in diesem Paragraphen zugelassene Beschränkung der Bestimmungen des GVG. durch hausgesetzliche Vorschriften den gegenwärtigen Bestand von derartigen hausgesetzlichen Vorschriften voraussetze, nicht aber durch neu zu erlassende hausgesetzliche Vorschriften ohne Mitwirkung „„der Landesgesetzgebung““ herbeigeführt werden könne“. Director von Amsberg, Bundesrathskommissär, trat dieser Annahme entgegen. „Nach seiner Auffassung sei nicht ausgeschlossen, daß da, wo nach dem Verfassungsrecht der Einzelstaaten Hausgesetze autonomisch abgeändert werden können, Bestimmungen der erwähnten Art ohne Mitwirkung der Landesgesetzgebung eingeführt werden“. Abg. Lasker behält sich besonderen Antrag vor. Späterhin wurde jedoch ein solcher nicht eingebracht. Die Auffassung des Bundesrathscommissärs scheint aber die zutreffende zu sein. Denn es lag durchaus nicht in der Absicht des Gesetzgebers, die Voraussetzungen der Hausgesetzgebung in irgend einem Punkte abzuändern.

Zu §. 7 vgl. §. 39 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874, wonach im Frieden eine besondere Civil-Gerichtsbarkeit über Militärpersonen überall nicht besteht, für den Kriegsfall jedoch landesgesetzliche Vorschriften vorbehalten bleiben. Hierüber s. für Bayern das Gesetz, die Militärgerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betreffend, vom 15. August 1828, Gesetzblatt S. 41 und v. Pözl a. a. O. S. 464; s. auch u. zu §. 15 der CPO.

3) Das Gerichtsverfassungsgesetz erschöpft die Ordnung der sachlichen Zuständigkeit nicht. Außerhalb desselben finden sich Normen der sachlichen Zuständigkeit sowohl in der Civilprozeßordnung wie in der Konkursordnung. In der Civilprozeßordnung wird die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte ausgesprochen: für die Vornahme des Sühneversuches vor der Klagestellung §. 471; für Abhaltung des Sühnetermins in Ehesachen nach der Klagerhebung §. 571; für den Entmündigungsbeschluß wegen Geisteskrankheit §§. 593, 594; für die Wiederaufhebung dieser Entmündigung §. 617; für den Interdictionsbeschluß gegen Verschwender §. 621 und für den Wiederaufhebungsbeschluß §. 625 cf. §. 616; für Erlassung von Zahlbefehlen §. 629; für die Vornahme der den Gerichten zugewiesenen Vollstreckungshandlungen §. 684 cf. mit §§. 729, 759—752, 780; für einstweilige Verfügungen §. 820. Neben dem Prozeßgericht, bei welchem eine Sache anhängig ist, sind ferner die Amtsgerichte zuständig: für die Sicherung des Beweises §. 448; für die Anordnung eines Arrestes §. 820. — Die Landgerichte sind zuständig: für Ehesachen §. 568; für die Klagen auf Anfechtung eines amtsgerichtlichen Entmündigungsbeschlusses §. 606, sowie auf Wiederaufhebung eines rechtskräftigen Entmündigungsbeschlusses §§. 620,

626 cf. 606. — Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte, Revisionsgericht werden nach Verschiedenheit der Umstände als die zuständigen Gerichte für Restitutions- und Nichtigkeitsklagen erklärt in §. 547.

Die Konkursordnung vom 10. Februar 1877 bestimmt in §. 64:

> Für das Konkursverfahren ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

---

§. 2.

Insoweit nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängt, kommen die nachfolgenden Vorschriften zur Anwendung.

1) Nach dem Werthe des Streitgegenstandes bestimmt sich die sachliche Zuständigkeit der Amts- und Landgerichte bei Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche zufolge §. 23 Z. 1 und §. 70 Abs. 1 des GVG. (s. die Erläuterung zum vorhergehenden Paragraphen.)

2) Unter vermögensrechtlichen Ansprüchen sind Ansprüche gemeint, deren unmittelbarer Gegenstand ein Vermögenswerth ist. Ausgeschlossen bleiben daher von diesem Begriffe die Ansprüche auf Feststellung eines Personenverhältnisses, die sogenannten Statusklagen, die Ehesachen im Sinne des §. 568, die Klagen auf Ergänzung der elterlichen oder vormundschaftlichen Einwilligung zur Eheschließung (s. §. 32 des Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes 2c. vom 5. Februar 1875).

Alle diese Ansprüche richten sich nicht auf einen Vermögenswerth. Statusklagen können wohl angestrengt werden, um ein Verhältniß festzustellen, das eine Quelle von Vermögensrechten ist, allein ihr Gegenstand bleibt darum doch ein familienrechtliches Verhältniß, für welches eine Werthbestimmung sich nicht finden läßt. —

3) Außer den Statusklagen gibt es jedoch noch andere Präjudizialklagen, welche sich ökonomischer Schätzung nicht entziehen (vgl. §§. 231 und 253).

---

§. 3.

Der Werth des Streitgegenstandes wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt; dasselbe kann eine beantragte Beweisaufnahme sowie von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

Motive: „Aus Zweckmäßigkeitsgründen ist instruktionell vorgeschrieben, daß die Klage, bezw. die Ladungsurkunde den Werth des nicht in einer be-

stimmten Geldsumme bestehenden Streitgegenstandes angeben soll, wenn die Zuständigkeit des Gerichts von diesem Werthe abhängt (§§. 222, 441). Der Werth des Streitgegenstandes ist von dem Gerichte in Gemäßheit der Bestimmungen über die Prorogation (§§. 38, 39) nur zu prüfen, wenn derselbe unter den Parteien streitig ist oder wenn gegen den nicht erschienenen Beklagten die Erlassung eines Versäumnißurtheils beantragt wird. In Anschluß an die Vorschrift des §. 250 verordnet der §. 3, daß das Gericht den Werth des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen festzusetzen hat. Folgeweise hat das Gericht auch frei zu würdigen, ob zum Zwecke dieser Feststellung eine von den Parteien beantragte Beweisaufnahme erforderlich ist. Fehlt es dem Gerichte an den nothwendigen Grundlagen für die Werthsfeststellung, so kann es in Anwendung der allgemeinen Vorschrift §. 129 auch von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen".

1) Dieser Paragraph enthält eine allgemeine Regel für die Art und Weise der Werthberechnung des Streitgegenstandes. Danach steht dieselbe grundsätzlich im freien Ermessen des Gerichts.

Streitgegenstand ist das, worüber gestritten wird. Dieß ergibt sich aus dem Klagsantrage. Das Verhalten des Beklagten gegenüber der Klage kommt hiefür nicht in Betracht. Denn auch sein Anerkenntniß des Klagsanspruchs macht die Sache nicht unstreitig (s. §. 278), sondern hat nur unter Umständen auf die Kostenfrage Einfluß (s. §. 89).

2) Das Gericht ist keineswegs an die civilrechtlichen Bestimmungen über die Werthung eines Anspruchs gebunden. Es wird freilich da, wo es sich um Schätzung eines Eigenthumswerthes handelt, regelmäßig keine Veranlassung haben, von dem sogen. gemeinen oder Verkehrswerthe der in Streit befangenen Sache abzugehen (s. Windscheid, Pand. 4. Aufl. §. 257 Anm. 2; Seuffert, praktisches Pandektenrecht 4. Aufl. §. 236 Anm. 2). Aber nichts hindert das Gericht, bei seiner Schätzung das Interesse des Klägers, ja sogar den Affektionswerth, den die Sache für den Kläger hat, zu Grunde zu legen. Die Motive (offizielle Ausgabe S. 49; Kortkampf'scher Abdruck S. 408) bemerken hiezu:

„Für die Werthschätzung wird der nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilende Werth des Streitgegenstandes maßgebend sein. (Prot. der norddeutschen Prozeßkommission Bd. I S. 80.) Die württembergische Prozeßordnung Art. 21 und der hannover'sche Entwurf §. 6 erklären den „Verkehrswerth" für entscheidend. Ein anderer Werth wird nur ausnahmsweise zur Berücksichtigung kommen können, wenn nach dem Inhalte der Klage der Affektionswerth beansprucht wird, oder wenn der Streitgegenstand aus be-

sonderen sachlichen Verhältnissen für eine der Parteien einen höheren als den gemeinen Werth hat".

3) Selbstverständlich ist es, daß eine Festsetzung des Werthes nur in den Fällen einzutreten hat, in welchen nach dem Inhalte der Klage der Werth nicht ohnehin bereits unzweideutig feststeht. Aus diesem Gesichtspunkte fällt jede Feststellung weg, wenn der Streitgegenstand in einer bestimmten Geldsumme besteht, sofern es sich um gesetzliches Geld des Inlandes handelt; denn die Geldsumme ist ja selbst Werthmaßstab. Es braucht diese Consequenz im Gesetze nicht ausdrücklich gezogen zu sein, um jeden Zweifel darüber auszuschließen. Zum Ueberflusse findet sich dieselbe aber anerkannt in §. 230 Abs. 3. Dort wird bestimmt, es solle in der Klagschrift der Werth des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Streitgegenstandes angegeben werden, wenn die Zuständigkeit des Gerichts von diesem Werthe abhängt, eine Anordnung, die nach §. 456 und 460 des Gesetzes auch für das amtsgerichtliche Verfahren Anwendung findet.

Dieser Anordnung liegt der Gedanke zu Grunde, daß eine bestimmte Geldsumme als Streitgegenstand das Gericht über jeden Zweifel bezüglich der Werthfestsetzung von vorneherein hinweghebt, daß eine Werthangabe hier nichts als eine überflüssige Wiederholung wäre. —

4) Das freie Ermessen des Gerichts wird regelmäßig nur auf Antrag des Beklagten in Thätigkeit gesetzt, denn wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt, so liegt stillschweigende Vereinbarung vor (§. 39), durch welche nach §. 38 des Gesetzes das an sich unzuständige Gericht erster Instanz zuständig wird. Da eine Ausnahme für die Unzuständigkeit wegen des Werthes nicht vorgesehen ist, so müssen diese Sätze auch auf sie Anwendung erleiden. Es muß demnach dem erschienenen Beklagten die Möglichkeit der stillschweigenden Prorogation gelassen werden.

So hat das richterliche Ermessen von Amtswegen nur einzutreten: Wenn der Beklagte die Zuständigkeit bestreitet, weil der Streitgegenstand den Zuständigkeitswerth in concreto nicht habe, sowie unter Umständen dann, wann gegen den nichterschienenen Beklagten ein Versäumnißurtheil beantragt wird. Der erschienene Beklagte ist vor der Verhandlung zur Hauptsache bei einem sachlich unzuständigen Amtsgericht ex officio auf diese Unzuständigkeit aufmerksam zu machen, damit er die Einrede der Unzuständigkeit nicht etwa aus Unkenntniß derselben versäume (§. 465 Abs. 2).

Die Motive gehen von der Ansicht aus, daß in Gemäßheit der §§. 38 und 39 stets dann das richterliche Ermessen von Amtswegen den Werth des Streitgegenstandes festzusetzen habe, wann gegen den nicht erschienenen

Beklagten ein Versäumungsurtheil (nach §. 296) beantragt werde. Diese Ansicht scheint mir prinzipiell nicht zutreffend. Denn §. 296 schreibt vor, es habe gegen den nicht erschienenen Beklagten das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden zu gelten. Zum thatsächlichen Vorbringen gehört aber auch die Angabe, daß der Streitgegenstand einen bestimmten Werth habe. Wenn daher auch eine stillschweigende Vereinbarung nur da vom Gerichte anzunehmen ist, wo der Beklagte ohne Geltendmachung der Unzuständigkeit zur Hauptsache mündlich verhandelt hat, so liegt doch in diesem Satze nicht mehr als die Statuirung eines Falles, in welchem die Annahme der Vereinbarung obligatorisch ist. Es werden hiedurch andere Fälle der stillschweigenden Vereinbarung nicht ausgeschlossen. Es wird aber insbesondere hiedurch die Annahme des Zugeständnisses thatsächlichen Vorbringens in Versäumnißfällen nicht alterirt. Allerdings soll das Gericht seine Zuständigkeit nicht mit Unrecht annehmen, weil es dadurch das Gesetz verletzt (vgl. §. 513 Z. 4). Aber von einer unrechtmäßigen Annahme der Zuständigkeit kann nicht die Rede sein, wenn die Voraussetzung derselben — der Werth des Streitgegenstandes — durch fingirtes Geständniß feststeht. Bei diesem darf sich das Gericht beruhigen. Will der Beklagte den Werth bestreiten, so steht ihm das Rechtsmittel des Einspruchs zu, wobei er die Unzuständigkeitseinrede geltend machen kann. In der Versäumnißverhandlung aber geht er dieser Einrede wie aller andern verlustig. (Mot. S. 232 der off. Ausgabe. Kortkampf'scher Abdruck S. 485. A. M. mit den Motiven Siebenhaar, Commentar zur deutschen CPO. S. 33 zu §. 3. — Struckmann-Koch, die Civilprozeßordnung zu §. 3 Nr. 1.)

Eine andere Frage ist die, ob das Gericht nicht unter Umständen zur Festsetzung des Werthes in Versäumnißfällen berufen ist. Diese Frage wird trotz der Fiction des Zugeständnisses des thatsächlichen Vorbringens zu bejahen sein, sobald aus der Klageschrift sich der Werth des Streitgegenstandes nicht ergibt. Hier fehlt es an dem thatsächlichen Vorbringen der Werthschätzung, von der die Zuständigkeit abhängt. Es kann darum auch nicht angenommen werden, daß der Beklagte zugestehe, der Streitgegenstand habe den Zuständigkeitswerth. Vielmehr kann der Beklagte auch aus dem Grunde ausgeblieben sein, weil er nach seiner Meinung von dem Werthe des Streitgegenstandes vor ein unzuständiges Gericht geladen war. Findet hier das Gericht bei Prüfung des Werthes, daß er die Zuständigkeit nicht begründet, so hat es die Unzuständigkeit auszusprechen. Findet es den Werth seiner Zuständigkeit entsprechend, so hat es die den Klagsanspruch begründenden thatsächlichen Behauptungen der Klagschrift als zugestanden zu erachten und demgemäß zu entscheiden.

5) Wo das Gericht von der Ermächtigung zur Festsetzung des Werthes Gebrauch macht, hat seine Entscheidung über denselben eine Bedeutung nur für die Zuständigkeitsfrage. Sie präjudizirt demnach der Entscheidung des Gerichts in der Hauptsache, insbesondere über die Höhe des Schadensersatzes keineswegs. Daß sie mit der litis aestimatio des römischen Prozesses nichts gemein hat, wie Siebenhaar a. a. O. S. 33 besonders hervorhebt, braucht kaum erwähnt zu werden.

6) Zum Zwecke der Werthfestsetzung kann das Gericht eine beantragte Beweiserhebung anordnen. Es ist nur eine nothwendige Folge aus der anerkannten Freiheit des richterlichen Ermessens, daß das Gericht nicht gezwungen ist, einem Beweisanerbieten zu deferiren. Sobald es auf ein solches eingeht, richtet sich das weitere Verfahren nach den Bestimmungen der §§. 320—446.

7) Unabhängig von einem Parteiantrage ist die Anordnung eines Augenscheines oder einer Begutachtung durch Sachverständige, welche von Amtswegen zur Werthbestimmung des Streitgegenstandes erfolgen kann. Diese Befugniß des Gerichts ist nur eine Anwendung der allgemein ausgesprochenen Regel des §. 135 auf einen einzelnen Fall.

---

§. 4.

Für die Werthsberechnung ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend; Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten bleiben unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden.

Motive: „Der maßgebende Zeitpunkt für die Werthsberechnung ist nach §. 4 die Erhebung der Klage. Die §§. 222, 441, 442 (230, 460, 461 des Gesetzes) bestimmen des Näheren, wann die Klage als erhoben gilt. Der für den Zeitpunkt der Klageerhebung angenommene Werth bleibt für die Dauer des Rechtsstreits maßgebend. Anders verhält es sich, wenn nicht der Werth des Streitgegenstandes, sondern dieser selbst im Laufe des Prozesses sich verändert. In Uebereinstimmung mit §. 227 Nr. 2 des Entwurfs (§. 235 Nr. 2 des Gesetzes) sprechen die badische Prozeßordnung §. 17, die bayerische Prozeßordnung Art. 11 Abs. 3, der hannoversche Entwurf §. 7 Abs. 2, der preußische Entwurf §. 63 und der norddeutsche Entwurf §. 21 ausdrücklich aus, daß die Minderung des Streitgegenstandes oder die Ermäßigung der Streitansprüche von der einen oder anderen Seite auf die Zuständigkeit des Kollegialgerichts ohne Einfluß bleiben. Entgegengesetzt ist die Sache unter Beachtung der Vorschriften über die Prorogation für den Fall geregelt, daß durch Anträge aus §§. 232 Nr. 2, 3, 237

(240 Nr. 2, 3, 253 des Gesetzes) oder durch Erhebung einer Widerklage der Gegenstand des Rechtsstreits erweitert wird (§. 447 = 467 des Gesetzes).

„Im Widerspruche insbesondere mit dem preußischen Rechte (Verordnung vom 21. Juli 1843 §. 1, Gerichtskostengesetz vom 10. Mai 1851 §. 11 Nr. 1, preuß. Entw. §. 50) bestimmt der §. 4, daß Früchte, Nutzungen (gesetzliche und vertragsmäßige — norbb. Protok. I S. 80. —) Zinsen, Schäden und Kosten bei der Werthsberechnung schlechthin und nicht etwa nur hinsichtlich des während der Dauer des Prozesses auflaufenden Betrags außer Betracht bleiben, insofern sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. Diese Bestimmung kann allerdings zur Folge haben, daß, wenn der Werth solcher Nebenforderungen die Zuständigkeit der Amtsgerichte übersteigt, ihre Geltendmachung aber in Verbindung mit einem geringeren Hauptanspruche erfolgt, das Amtsgericht, wenn dagegen die Nebenforderungen selbstständig eingeklagt werden, das Landgericht zuständig ist. Praktisch werden indessen solche Fälle äußerst selten eintreten. Die angedeutete Inconsequenz hat wesentlich theoretische Bedeutung und kann bei einer Frage, für deren Entscheidung gewichtige Gründe der Zweckmäßigkeit sprechen, nicht einmal die Berücksichtigung beanspruchen, welche sie in Art. 21 der württembergischen Prozeßordnung dahin gefunden hat, daß eine Nebenforderung, welche für sich die Zuständigkeitssumme erreicht, in Betracht gezogen werden soll. Die Zweckmäßigkeit spricht entscheidend für die Bestimmung des Entwurfs; es empfiehlt sich, daß die Werthsermittelung zum Zwecke der Kompetenzbestimmung nach klaren und einfachen Regeln geschehe. Es erfordert dies insbesondere die für den Prozeß vor Amts- und Handelsgerichten zugelassene Einleitungsform durch Ladungsurkunde des Gerichtsvollziehers (§. 441 = 460 des Gesetzes). Das entgegengesetzte Prinzip würde, auch wenn es nur hinsichtlich der vor der Klageerhebung entstandenen Nebenforderungen Anerkennung fände, praktisch manche Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten zur Folge haben, indem insbesondere bei feststehendem Werthe des Hauptanspruchs die Werthsermittelung der Nebenforderungen oft schwierig sein und Beweiserhebungen veranlassen kann."

1) Die §§. 4—9 enthalten Beschränkungen der Freiheit des richterlichen Ermessens. Vor Allem zwingt §. 4 das Gericht, bei Festsetzung des Werthes den Zeitpunkt der Klagserhebung zu Grunde zu legen. Dieser Zeitpunkt bestimmt sich nach Maßgabe des §. 230 für das Verfahren vor den Landgerichten, der §§. 460, 461 und 471 für das Verfahren vor den Amtsgerichten.

2) Im Zusammenhalte mit §. 235 Ziff. 2 ergibt sich aus der Vorschrift des §. 4 zunächst der Satz, daß die Bewegungen des Werthes

während des Rechtsstreites an der einmal begründeten Zuständigkeit nichts ändern können. Wenn beispielsweise eine rei vindicatio vor dem Landgerichte anhängig ist, weil nach dem Zeitpunkte der Klagserhebung die vindizirte Sache vom Landgerichte auf 400 Mark geschätzt wurde, so bleibt das Landgericht zuständig, wenn es auch in einem späteren Zeitpunkte, etwa nach durchgeführtem Beweisverfahren, zu der Ueberzeugung käme, daß die inzwischen eingetretenen Verkehrsstörungen den Werth der vindizirten Sache auf 200 Mk. herabgedrückt haben; und umgekehrt bleibt bei einer nach dem Zeitpunkt der Klagserhebung eingetretenen Erhöhung des Werthes das nach der Schätzung in jenem Zeitpunkte zuständige Amtsgericht bis zum Urtheil zuständig. —

3) Aus §. 235 Ziff. 2 folgt aber noch weiter, daß auch eine Veränderung des Streitgegenstandes selbst, nicht bloß seines Werthes, die Zuständigkeit des im Momente der Klagserhebung zuständig gewesenen Landgerichts nicht beeinflußt. Auch dann also, wenn der Kläger einen Theil seiner Ansprüche fallen läßt und dadurch nur noch ein die amtsgerichtliche Kompetenz begründender Streitgegenstand übrig bleibt, wird die einmal begründete Zuständigkeit des Landgerichts nicht aufgehoben; das Gleiche gilt, wenn das Gericht die Verhandlung über mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche in Anwenduug des §. 136 trennt und jeder einzelne Anspruch nur die Kompetenz des Amtsgerichts begründen würde. Vgl. auch bayrische Prozeßordnung Art. 11 Abs. 3.

4) Anders verhält es sich dagegen mit der Kompetenz der Amtsgerichte. Sie hört auf begründet zu sein, wenn im Laufe des Prozesses der Klagantrag in der Hauptsache so erweitert wird, daß der Werth des Streitgegenstandes dadurch über die Summe von 300 Mk. hinausgeht, oder wenn statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer über 300 Mk. zu werthender Gegenstand oder das über diese Summe hinaus gehende Interesse gefordert wird; ferner wenn durch Erweiterung des Klagsantrags oder durch Erhebung einer Widerklage beantragt wird, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreites ganz oder zum Theile abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde und für diese Entscheidung dem Werthe des Streitgegenstandes nach das Landgericht zuständig ist (cf. §. 240 Ziff. 2, 3, 253). In solchen Fällen hat das Amtsgericht auf Antrag seine Unzuständigkeit auszusprechen und den ganzen Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen (cf. §. 467[1]). Die Möglichkeit der Prorogation

[1]) Bayr. CPO. Art. 11 Abs. 1.

auf das Amtsgericht (§. 38, 39) bleibt demnach auch hier offen. — In Versäumnißfällen hat das Amtsgericht — rechtzeitige Mittheilung durch Schriftsatz im Sinne des §. 300 Z. 3 vorausgesetzt — sich auf eine Offizialprüfung des Werthes bei Erweiterung des Klagantrags nicht einzulassen (s. o. zu §. 3 S. 48. Vgl. Mot. offizielle Ausgabe S. 232. Kortkampf'scher Abdruck S. 485).

5) Dem Gebote, welches der erste Satz des §. 4 für die Gerichte enthält, wird im zweiten Satze ein Verbot angereiht. Das Gericht darf danach bei der Werthschätzung des Streitgegenstandes nicht berücksichtigen: Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden [1]).

Alle diese Objekte, deren Berücksichtigung bei der Werthschätzung hiedurch ausgeschlossen ist, lassen sich unter den Begriff der Nebensachen des Streitgegenstandes subsumiren. (Vgl. Windscheid, Pandecten I §. 143 Anm. 9; II §. 259 Anm. 8 und insbesondere Brinz, Pandecten 1. Aufl. §. 134.) Der Begriff der Nebensachen bestimmt sich nach dem geltenden Civilrechte, keineswegs nach dem preußischen allgemeinen Landrechte, dem die Terminologie „Früchte, Nutzungen rc." entnommen ist, wie Siebenhaar a. a. O. S. 35 behauptet (cf. bayr. Prozeßordnung Art. 3 Abs. 1). Zu den Nutzungen insbesondere werden gemeinschaftlich alle commoda rei zu zählen sein, soweit sie nicht unter die Früchte und Zinsen fallen. So würde meines Ermessens auch der Windbruch, welcher mit der Herausgabe einer gekauften Waldparzelle gefordert wird, zu den Nutzungen nach Gemeinem Rechte zu rechnen sein. (Anders Siebenhaar a. a. O. S. 36.)

Bezüglich des Begriffs der Zinsen und Früchte ist für das Gemeine Recht auf die Systeme des Pandectenrechts zu verweisen (Windscheid II §. 259—261). Den Unterschied zwischen sog. gesetzlichen und vertragsmäßigen Zinsen finden wir in §. 4 nicht angedeutet; demnach bleiben beide Arten außer Betracht. Daß Conventionalstrafen nicht schlechthin als Zinsen zu betrachten sind (Siebenhaar a. a. O. S. 36) ist selbstverständlich. (S. jedoch unten S. 54 Nr. 10).

Unter Schäden sind die unmittelbaren Vermögensverringerungen, wie die Vereitlung von Vermögensgewinn zu verstehen — damnum emergens und lucrum cessans — wie diese Begriffe civilrechtlich festgestellt erscheinen. Kosten sind Prozeßkosten. Zwar enthalten die Materialien von diesem Begriff keine nähere Bestimmung. Allein Kosten außerhalb des Prozesses, deren Ersatz beansprucht wird, fallen schon unter die „Schäden". Der

---

[1]) Aehnlich schon die bayr. PO. A. 3 Abs. 1.

hannöversche Entwurf §. 7 Abs. 2 läßt über die Bedeutung der Kosten keinen Zweifel, indem er bestimmt:

„Nebenforderungen an Zinsen, Früchten und Prozeßkosten bleiben unberücksichtigt". —

6) Die Berücksichtigung von Früchten, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten bei der Werthberechnung ist jedoch nur ausgeschlossen, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. Damit die Nichtberücksichtigung statt habe, ist daher Voraussetzung die Geltendmachung einer Hauptforderung, von deren Existenz die Nebenforderung abhängig ist.

Wo die Nebenforderung prozessual nicht als solche geltend gemacht wird, fällt die Vorschrift des §. 4 hinweg. Am klarsten zeigt sich der Unterschied der Fälle bei Einklagung von Zinsen. Wird dieselbe mit der Klage auf Bezahlung des Kapitals verbunden, so ist §. 4 anwendbar. Wird nur auf Bezahlung verfallener Zinsen geklagt, so findet §. 4 keine Anwendung.

7) Indem das Gesetz auf Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten die als Nebenforderungen geltend zu machenden Objekte, welche bei der Werthberechnung außer Betracht bleiben, beschränkt, schließt es jeden Zweifel darüber aus, daß andere Forderungen, welche gleichzeitig mit einem Anspruche geltend gemacht werden, der ihre Voraussetzung und Quelle ist, selbstständig geschätzt werden müssen, z. B. die condictio sine causa, welche mit einer Klage auf Vertragsrescission verbunden wird; die Alimentenforderung neben der Klage auf Anerkennung der Vaterschaft; die actio emti auf Tradition der Pertinenz neben der auf Tradition der Hauptsache; Klage auf Anerkennung einer Reallast und auf rückständige Leistungen (§. 26).

8) Aber auch Früchte, Zinsen, Nutzungen und Schäden können unter Umständen trotz ihrer Verbindung mit der Hauptforderung in der Klage als selbstständig zu werthende Streitobjekte in Betracht kommen, dann nemlich, wenn sie mit jener nicht kumulativ, sondern eventuell verbunden sind, m. a. W., wenn sie daneben als selbstständige Forderungen erscheinen. Man setze z. B. den Fall, es werde Heimbezahlung eines Kapitalsrestes von 250 Mk. mit den Zinsen, eventuell — falls nämlich die Stundung des Kapitals erwiesen werden sollte — Bezahlung der aus dem Gesammtkapitalsbetrage rückständigen Zinsen von 500 Mk. klagweise gefordert, so besteht neben der Klage auf den Kapitalsrest mit Zinsen eine selbstständige Klage auf die rückständigen Zinsen, deren Höhe die Kompetenz des Landesgerichtes begründet; oder man nehme an, es würde auf Herausgabe einer vermachten ohne Schuld des Erben untergegangenen Sache geklagt, deren Werth die Summe von 300 Mk. nicht übersteigt, eventuell aber auf eine Entschädigung von 350 Mk., weil der Erbe für jeden Fall des Unterganges dieser Sache eine solche

Entschädigung versprochen hatte, weil also eine vom Hauptanspruch unabhängige Entschädigungsforderung besteht, so ist die landgerichtliche Zuständigkeit gleichfalls anzunehmen. Nicht minder tritt eine selbstständige Berechnung ein, wo alternativ auf die Haupt- oder Nebensache geklagt ist. So z. B., wenn der Kapitalsschuldner die Wahl hat, in einem gegebenen Zeitpunkt entweder das Kapital ohne Zinsen oder die bis dahin zu berechnenden Zinsen zu zahlen.

9) Selbstverständlich werden Nebenforderungen an Zinsen und dergl. auch da berücksichtigt, wo Zinsen u. dergl. gar nicht als solche, sondern aus einem selbstständigen Rechtsgrunde zugleich mit dem Kapitale bezw. der Hauptsache gefordert werden, wo z. B. ein Incassomandatar auf Herausgabe der für den Mandanten eingezogenen Kapitalien sammt Zinsen belangt wird, ein Fall, der nicht zu verwechseln ist mit dem, wo der Mandatar wegen unterlassener Fructificirung des eingezogenen Kapitals seinerseits auf Ersatz der verlorenen Zinsen belangt wird und wo wiederum die Zinsen als nicht zu schätzenden Nebenforderungsobjekt erscheinen.

Dem Falle des Incassomandats steht auch folgendes Beispiel gleich: Die Hauptsache nebst Entschädigung wird vom Beklagten bis zum Austrage des Prozesses einem conventionellen Sequester übergeben. Der siegende Kläger wird gegen den die Ablieferung verweigernden Sequester zur Klage auf Hauptsache und Entschädigung genöthigt.

10) Die Frage, ob eine anstatt des Interesse bedungene Conventionalstrafe in Verbindung mit der Leistung der Hauptsache eingeklagt als Nebenforderung im Sinne des §. 4 zu behandeln sei, dürfte zu bejahen sein. (Vgl. Lothar Seuffert, Commentar zur CPO. S. 8.) Die so bedungene Conventionalstrafe ist auf eine Stufe mit vertragsmäßigen Zinsen zu stellen.

11) In Anwendung der Bestimmungen des §. 4 kann es vorkommen, daß ein Amtsgericht über Ansprüche entscheidet, deren Nebenforderungen den Werth von 300 Mk. weit übersteigen. (Vgl. hiezu die oben abgedruckten Motive).

12) §. 4 schließt nur die Werthberücksichtigung von den aufgezählten Nebenforderungen aus. Dingliche Nebenansprüche sind demnach zu berücksichtigen. So z. B. die mit der Vindikation der Hauptsache geltend gemachte Vindikation der Pertinenz.

---

§. 5.

Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche werden zusammengerechnet; eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und der Widerklage findet nicht statt.

Motive: „Bei der Berechnung des Werthes des Streitgegenstandes sind nach §. 5 mehrere Ansprüche, welche in einer Klage geltend gemacht werden, zusammenzurechnen. Diese Bestimmung findet selbstverständlich auch dann Anwendung, wenn die mehreren Ansprüche, welche in einer Klage verbunden sind, auf verschiedenen Gründen beruhen oder wenn sie von mehreren Klägern oder gegen mehrere Beklagte erhoben sind (nordd. Entw. §. 14 Abs. 1). Eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und der Widerklage erfolgt dagegen nicht, indem eine solche Zusammenrechnung aus inneren Gründen nicht gerechtfertigt ist und praktisch zu erheblichen Uebelständen führen würde".

1) In den Verhandlungen der Reichstagskommission wurde auf Antrag des Abg. Struckmann konstatirt, daß unter Ansprüchen im Sinne des Gesetzes nur diejenigen Ansprüche im weiteren Sinne zu verstehen seien, welche selbstständig, nicht auch diejenigen, welche accessorisch geltend gemacht werden. s. Nr. 6. (K. Pr. S. 4). Ein in der Reichstagskommission zu §. 33 gestellter Antrag, den letzten Satz des §. 5: „eine Zusammenrechnung .... findet nicht statt" zu streichen, wurde abgelehnt. (K. Pr. S. 12.)

2) „Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche." Diese Redaktion ist nicht genau. Nicht die Ansprüche, sondern die Werthe der Gegenstände, auf welche Ansprüche erhoben werden, sind zusammenzurechnen. Demzufolge wird die gegen mehrere Solidarschuldner oder von mehreren Solidargläubigern angestrengte Klage keine Zusammenrechnung ermöglichen da der Werth der mehreren Ansprüche — das Maß wirthschaftlicher Güter, welches sie repräsentiren — nur ein einziger ist. „Anspruch" ist kein durch die Prozeßordnung festgestellter, sondern durch das materielle Recht gegebener Begriff. Nur soviel läßt sich aus der Prozeßordnung negativ feststellen, daß Anspruch und Klage nicht identisch sind. Denn die Prozeßordnung spricht von Klagen wegen Ansprüchen (§. 24, 61, 102 Ziff. 5). Hier, wo es sich um Werthschätzung handelt, können nur vermögensrechtliche Ansprüche gemeint sein (s. o. §. 2 und §. 23 Ziff. 1 des GVG.).

3) Die Klagenhäufung, welche §. 5 im Auge hat ist zulässig nach Maßgabe der §§. 56 ff. und des §. 232.

4) Die Zusammenrechnung findet selbstverständlich nicht statt, wenn einer der Ansprüche ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes der amtsgerichtlichen Zuständigkeit unterliegt. Sollen gegen denselben Beklagten noch andere zum Landgericht kompetirende Ansprüche verfolgt werden, so sind diese getrennt von jenen zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen geltend zu machen. §. 232; s. jedoch §. 467.

5) Die nach §. 136 zulässige Anordnung der getrennten Verhandlung

mehrerer in einer Klage erhobener Ansprüche kann nach §. 235 Ziff. 2 die Zusammenrechnung nicht wieder aufheben (s. o. zu §. 4 S. 50, 51). Entgegengesetzten Falls veranlaßt die nach §. 138 zulässige Anordnung der Verbindung mehrer bei demselben Gerichte anhängiger Prozesse eine nachträgliche Zusammenrechnung ebenfalls auf Grund des in §. 235 Ziff. 2 ausgesprochenen Princips nicht. In einem solchen Falle bleibt daher das für jeden einzelnen Anspruch zuständige Amtsgericht auch nach der Verbindung zuständig, wenn die Summe der Werthe der mehreren Streitobjekte 300 Mk. übersteigt. Denn ein Fall des §. 467 liegt hier nicht vor.

6) Durch die Feststellung der Kommission über die Bedeutung des Begriffes „Ansprüche" ist nur ausgeschlossen die Zusammenrechnung eines Ausspruches mit einem als Nebenforderung geltend gemachten Anspruche auf Zinsen, Früchte, Nutzungen 2c.

Nicht ausgeschlossen scheint mir die Berücksichtigung des Werthes von Nebensachen, die in einer Klage mit der Hauptsache begehrt werden, wie in dem zu §. 4 (o. S. 53 Nr. 12) angeführten Beispiele, da hier ein An spruch in Frage steht, der sich, weil auf die Hauptsache, auch auf die Nebensachen erstreckt.

---

§. 6.

Der Werth des Streitgegenstandes wird bestimmt: durch den Werth einer Sache, wenn deren Besitz, und durch den Betrag einer Forderung, wenn deren Sicherstellung oder ein Pfandrecht Gegenstand des Streits ist. Hat der Gegenstand des Pfandrechts einen geringeren Werth, so ist dieser maßgebend.

Motive: „Die §§. 6—9 stehen nicht im Widerspruche mit dem durch §. 3 für entscheidend erklärten freien Ermessen des Gerichts; sie geben die leitenden Grundsätze für die Werthsberechnung in einzelnen besonderen Fällen, welche in der Praxis oft vorkommen und in welchen die Feststellung des Werthes des Streitgegenstandes erfahrungsmäßig nach verschiedenen Grundsätzen geschieht. Eine solche verschiedenartige Praxis ist aber unerwünscht; es sollen daher die §§. 6—9 auf die Herbeiführung eines übereinstimmenden Verfahrens der Gerichte wirken und gleichzeitig für die Parteien bei der Beurtheilung der Zuständigkeit des anzugehenden Gerichts als Anhalt dienen."

1) Der Besitz ist Streitgegenstand nicht bloß bei Vindikation einer Sache, bei Anstellung der actio Publiciana und der possessorischen Interdikte, sondern auch in persönlichen Klagen, welche auf Restitution einer Sache

gerichtet sind, z. B. actio commodati, depositi, pigneraticia in personam directa. Besitz ist nicht in einer besonderen juristisch-technischen, sondern in der allgemein natürlichen Bedeutung des Wortes aufzufassen, d. h. als Innehaben. Wäre dem nicht so, dann hätte der Gesetzgeber Veranlassung nehmen müssen, bei der Mehrdeutigkeit des Wortes in der Juristensprache die von ihm gemeinte technische Bedeutung auszudrücken. Dazu kommt, daß der Gesetzgeber in diesem §. nicht etwa den persönlichen Anspruch als solchen der Klage um den Besitz gegenüber gestellt hat, sondern die Sicherstellung und das Pfandrecht, letzteres ungeachtet des Umstandes, daß dieses sogar die Erlangung des juristischen Besitzes zum Gegenstande haben kann.

2) Auf Exhibitionsklagen findet der erste Theil des §. 6 keine Anwendung, da nicht das Haben, sondern das Vorzeigen einer Sache Gegenstand ist.

3) Eine besonders praktische Seite der Bestimmungen des §. 6 über die Schätzung des Besitzes besteht darin, daß nun nicht mehr zu untersuchen ist, inwieweit der Werth des juristischen Besitzes einer Sache als solcher von dem Eigenthumswerthe verschieden ist. Diese gerade hiedurch beseitigte Schwierigkeit auch in den neuen Deutschen Prozeß hereinziehen wollen, indem man den §. 6 für unanwendbar auf die possessorischen Interdicte hält (Siebenhaar a. a. O. S. 34 Anm. u. S. 44 zu §. 6), muß als verfehltes Bestreben bezeichnet werden.

4) Bei Klagen auf Sicherstellung entscheidet der Betrag der sicherzustellenden Forderung. Ist dieß nicht eine bestimmte Geldforderung, so muß der Betrag nach freiem richterlichem Ermessen und unter Zugrundelegung der in den §§. 4, 5, 7—9 enthaltenen Regeln festgestellt werden. Klagen auf Sicherstellung finden insbesondere statt: für Legatsforderungen s. Windscheid Pd. III §. 648 Nr. 2; Arndts, Pd. §. 559); für Wechselforderungen (s. deutsche Wechselordnung Art. 25, 26, 29); für die Forderungen auf Erfüllung der Verbindlichkeiten des Usufructuars (cautio usufructuaria). Vgl. noch: Preußisches Landrecht Theil I Tit. 20 §. 23, 260. — Bayr. Hypoth.-Gesetz vom 1. Juni 1822 §§. 12, 15, 112 Al. 1; Ueber das französische Recht vgl. Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts Bd. II §. 311. — Bayr. Landrecht Th. I Cap. 6 §. 25 über Sicherung der eheweiblichen Illatenforderung.

5) Nicht in die Kategorie der genannten Klagen gehören die Klagen auf Erfüllung aus einer Sicherheitsleistung, z. B. die Klagen aus der Bürgschaft. In solchem Falle erscheint der Werth maßgebend, welchen die Bürgschaftsforderung repräsentirt, der geringer und größer sein kann als der der sichergestellten Forderung; denn es bildet hier weder die Bestellung noch der Bestand einer Sicherheit das Streitobjekt (a. M. Siebenhaar a. a. O. S. 43 zu §. 6); ferner auch nicht die Klagen auf Aufhebung der bestellten

Sicherheit, da bei diesen entweder Schuldbefreiung oder Rückgabe bezw. Aufhebung eines Pfandes Streitgegenstand sein muß.

6) Ganz analog der Klage auf Sicherstellung einer Forderung wird bezüglich der Werthberechnung die Klage behandelt, deren Gegenstand ein Pfandrecht ist. Ein Pfandrecht ist aber Gegenstand der actio in rem hypothecaria und der Klage auf Löschung einer (deutschrechtlichen) Hypothek; vgl. bayr. Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 §§. 49, 54—56, 42, 43, 71—85. Preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke 2c. vom 5. Mai 1872 §. 37, 63. Motive zu §. 50 dieses Gesetzes. Code civil Liv. III Tit. XVIII Chap. VI Art. 2166 ff.; Chap. V Art. 2157 ff.; ferner der Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Pfandrechts (nach §. 231). Dagegen ist die actio pigneraticia in personam directa keine Pfandklage, sondern eine Kontraktsklage; für sie ist demnach keinesfalls der Forderungsbetrag entscheidend, für den das Pfand gehaftet hat; vielmehr kommt für sie der Werth der gepfändeten Sache in Betracht (s. o. S. 57).

7) Wird in Gemäßheit des §. 26 gegen den Schuldner und Verpfänder eines Immobile die hypothekarische mit der persönlichen Klage kumulirt, so findet §. 5 Anwendung, ebenso wenn die Forderungsklage mit der gemeinrechtlichen actio hypothecaria verbunden wird. Demnach wird in solchen Fällen der Betrag einer Forderung mehrfach in Anschlag gebracht. Wenn z. B. die Klage auf Zahlung einer Schuld von 250 Mk., die auf dem Anwesen des Schuldners hypothekarisch versichert ist, mit der Hypothekenklage verbunden wird, so erscheint der Werth von 250 Mk. bei der Werthberechnung für die Zuständigkeitsfrage doppelt. Der vom Gerichte zu Grunde zu legende Werth ist gleich 500 Mk., weßhalb die landgerichtliche Zuständigkeit Platz greift. Wenn nemlich auch das Ziel beider Klagen die Befriedigung des Klägers für seine Forderung ist, so geschieht doch die Verfolgung desselben durch zwei verschiedene Mittel, durch Geltendmachung zweier Ansprüche, wovon der eine persönlicher, der andere dinglicher Natur ist. Daß bei einer Kumulation dieser Art auch verschiedene Vermögensinteressen verfolgt werden können, zeigt folgendes Beispiel: Für eine Wechselforderung ist auf dem Anwesen des Schuldners Hypothek eingetragen. Die Schuld wird getilgt. Der Schuldner klagt: a) auf Herausgabe des Wechsels; b) auf Löschung der Hypothek. Der Schlußsatz des §. 6 kann also in diesen Fällen nur insoweit von Bedeutung sein, als er den einen der beiden zusammenzurechnenden Werthe verringert. Wenn im ersten angeführten Beispiele die Forderung 200 betrüge, der Werth des Pfandes nur 70, so würde allerdings der letztere den einen Rechnungsposten bilden und der Gesammtwerth von 270 nur für die amtsgerichtliche Kompetenz ausreichen.

§. 7.

Der Werth einer Grunddienstbarkeit wird durch den Werth, welchen dieselbe für das herrschende Grundstück hat, und wenn der Betrag, um welchen sich der Werth des dienenden Grundstücks durch die Dienstbarkeit mindert, größer ist, durch diesen Betrag bestimmt.

1) Dieser Paragraph will dem richterlichen Ermessen eine Richtschnur für die Werthschätzung vorzeichnen, wo eine Grunddienstbarkeit Streitgegenstand ist. Um als Streitgegenstand eine Grunddienstbarkeit anzunehmen, ist keineswegs die Erhebung einer dinglichen Servitutenklage erforderlich. Auch die persönliche Klage auf Bestellung einer Servitut, sei es aus einem Vertrage einer letztwilligen Verfügung oder ex lege (z. B. Einräumung eines Nothweges cf. Roth, bayr. Civilrecht II. Band §. 153 III; Preuß. Landr. I. Th. 22 §. 3—10. Französ. Civilrecht: Code civil Art. 682 ff. Windscheid, Pd. I §. 212 Anm. 6). Selbst dann ist noch die Dienstbarkeit Streitgegenstand, wenn auf Befreiung von derselben persönlich geklagt wird, weil eine vertragsmäßige oder durch letzten Willen begründete Pflicht zur Aufhebung derselben besteht (s. auch Preuß. Landr. I. Tit. 22 §. 47).

2) Zweifel entstehen aber über die Frage, ob auch die negatoria in rem actio eine Grunddienstbarkeit zum Gegenstande haben könne (Lothar Seuffert, Commentar zur Civilprozeßordnung zu §. 7 Nr. 1. Struckmann und Koch, Commentar zur Civilprozeßordnung zu §. 7. Dagegen Siebenhaar a. a. O. S. 45 —). Diese Frage muß von Denjenigen unbedingt bejaht werden, welche die negatoria in rem actio stets nur einer Servitutenanmaßung gegenüber für begründet halten (s. J. A. Seuffert, pract. Pandectenrecht 4. Aufl. §. 183. Brinz, Pand. 2. Aufl. §. 171. Bayr. Landr. Th. II Cap. 7 §. 11. Preuß. Landr. I. Tit. 22 §. 11. Ueber das Französ. Civilrecht s. Zachariä, Handbuch Bd. I §. 219).

Von dieser Ansicht aber auch abgesehen, wird man sagen müssen, daß die Negatorienklage, welche eine Servitutenanmaßung behauptet und Aberkennung der Servitut bezw. Sicherstellung gegen künftige Anmaßung bezielt, die Servitut zum Gegenstand habe. Dem steht nicht entgegen, daß sich der Streitgegenstand nach dem Klagspetitum bestimmt, nicht nach dem Inhalte der Einrede (Siebenhaar a. a. O. S. 45). Denn die auf Anerkennung der Eigenthumsfreiheit gerichtete Klage hat die Servitut zum Gegenstande. Bezweckt wird ein Ausspruch über Existenz oder Nichtexistenz der Servitut,

nicht des Eigenthums. Die Leugnung des Eigenthums wäre nicht Exception, sondern Bestreitung der Activlegitimation. (So Brinz, Bd. 2. Aufl. §. 171 S. 667 Al.). Man darf auch dem Gesetzgeber nicht die Inconcinnität zumuthen, daß er bezüglich der Werthschätzung verschiedene Vorschriften ertheilen wollte, je nachdem der Eigenthümer des dienenden oder herrschenden Grundstückes als Kläger auftreten sollte (s. Prot. der nordd. Comm. S. 87).

3) Klagen um Personalservituten, sowie um andere dingliche Rechte fallen unter die Regeln des §. 7 nicht. —

---

§. 8.

Ist das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Miethverhältnisses streitig, so ist der Betrag des auf die gesammte streitige Zeit fallenden Zinses und, wenn der fünfundzwanzigfache Betrag des einjährigen Zinses geringer ist, dieser Betrag für die Werthsberechnung entscheidend.

1) Das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Miethverhältnisses kann niemals den Streitgegenstand bilden, wenn aus einem Pacht- oder Miethverhältnisse Ansprüche auf Leistungen irgend welcher Art erhoben werden, z. B. Ansprüche auf Miethzinszahlung, Entschädigung wegen Nichterfüllung, auf Ueberlassung des gemietheten Objektes, Räumung desselben. Denn in all diesen Fällen erscheint als Streitgegenstand die Forderung bezw. der Gegenstand der Forderung. Es erübrigen demnach als Fälle, in welchen Bestehen oder Dauer des Mieth- oder Pachtverhältnisses als unmittelbarer Streitgegenstand anzusehen sind, nur Klagen auf Feststellung des Bestehens oder der Dauer d. i. des Wielangebestehens eines Pacht- oder Miethverhältnisses, m. a. W. Präjudizialklagen im Sinne der §§. 231 u. 253. Wird im Laufe des Verfahrens über Streitigkeiten der in §. 23 Nr. 2 Al. 1 des GVG. bezeichneten Art das Bestehen oder die Dauer des Miethverhältnisses als Präjudizialinzidentpunkt auf Grund des §. 467 in den Prozeß gezogen, so kann der ganze Miethstreit zufolge der Bestimmungen des §. 8 vor das Landgericht verwiesen werden.

2) Die denkbaren Fälle sind folgende:

a) Klage gegen den Miether oder Vermiether bezw. deren Rechtsnachfolger, der das Bestehen oder Nichtbestehen eines Mieth- oder Pachtverhältnisses behauptet hat, auf Feststellung des Nichtbestehens oder Bestehens.

b) Klagen gegen den Miether oder Vermiether bezw. deren Rechtsnach-

folger, der eine bestimmte Dauer des Verhältnisses behauptet hat auf Feststellung der längeren oder kürzeren Dauer.

3) In allen diesen Fällen wird der Betrag des auf die streitige Zeit fallenden Zinses als Werth des Streitgegenstandes betrachtet. Eine streitige Zeit muß sich nemlich auch dann ergeben, wenn das Bestehen des Verhältnisses streitig ist, weil das Bestehen des Mieth- oder Pachtverhältnisses ohne Bestimmung der Dauer desselben nicht denkbar ist und in Ermanglung einer ausdrücklichen Bestimmung hierüber die ortsübliche Dauer angenommen werden muß. —

4) Aus der Fassung des Paragraphen ist ersichtlich, daß der Gesetzgeber nur die Sachmiethe, nicht die Dienstmiethe im Auge hatte, denn nur bei jener ist es üblich, vom „Zins" als Aequivalent für die Benützung des Miethobjekts zu sprechen. —

5) Der letzte Satz des Paragraphen statuirt eine Ausnahme von seiner Regel für die Fälle der über fünfundzwanzig Jahre hinausgehenden Pacht- oder Miethperioden, insbesondere für die Fälle der Erbpacht.

---

§. 9.

Der Werth des Rechts auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen wird nach dem Werthe des einjährigen Bezugs berechnet und zwar:

auf den zwölfundeinhalbfachen Betrag, wenn der künftige Wegfall des Bezugsrechts gewiß, die Zeit des Wegfalls aber ungewiß ist;

auf den fünfundzwanzigfachen Betrag, bei unbeschränkter oder bestimmter Dauer des Bezugsrechts. Bei bestimmter Dauer des Bezugsrechts ist der Gesammtbetrag der künftigen Bezüge maßgebend, wenn er der geringere ist.

Motive: „Zusätzlich zu den Vorschriften des §. 9 bestimmen manche Gesetze und Gesetzentwürfe (Bayern Art. 4, Württemberg Art. 21 Nr. 3, preuß. Entw. §. 49, hannov. Entw. §. 6 Nr. 3, nordd. Entw. §. 12 Nr. 6), daß bei Prozessen über Rechte auf wiederkehrende Nutzungen die gesetzlich erforderliche Ablösungssumme als Streitgegenstand zu berechnen sei. Der Aufnahme dieser Vorschrift in eine Deutsche Prozeßordnung steht entgegen, daß die Landesgesetze für dergleichen Rechte einen sehr verschiedenen Ablösungswerth festsetzen; es würde dies für Prozesse über an sich gleich werthe Rechte eine verschiedenartige Kompetenz der Gerichte im Deutschen Reiche zur Folge haben. Außerdem ist die Berechnung des Ablösungswerthes

selbst oft sehr schwierig und kasuistisch, wie es z. B. nach den preußischen Gesetzen vom 2. März 1850 im einzelnen Falle darauf ankommt, ob der Berechtigte oder der Verpflichtete auf Ablösung provozirt, ob die Entschädigung in Land, Geld oder Rente zu gewähren ist, ob das ablösbare Recht mit einer Gegenleistung verbunden ist u. s. w."

1) Der Werth des Rechts auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen wird nach den Normen dieses Paragraphen berechnet. Es ist darum wohl selbstverständlich, daß diese Normen auf Klagen wegen rückständiger einzelner Nutzungen oder Leistungen bei unbestrittenem Recht keine Anwendung finden können. Wohl aber kann der Amtsrichter Anlaß haben, von den Vorschriften des Paragraphen Gebrauch zu machen, wenn in einem wegen der einzelnen Leistung anhängigen Prozesse die Frage nach dem Recht selbst als Präjudizialinzidentpunkt (§. 467) angeregt wird.

2) Auf die Natur des Rechts kommt nichts an. Es kann dingliches und obligatorisches sein. Aber das Recht muß auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen gerichtet sein. Darunter sind Nutzungen oder Leistungen zu verstehen, welche in bestimmten Zeiträumen wiederkehren. Denn die Grundlage der Werthberechnung bildet der einjährige Bezug. Der einjährige Bezug läßt sich aber nicht feststellen, wenn die Termine der Leistung oder Nutzung unbestimmt sind. (Lothar Seuffert a. a. O. zu §. 9 Nr. 4. A. M. Siebenhaar a. a. O. zu §. 9 S. 47).

3) Kehrt nach Inhalt des Rechts der Bezug nicht in einjährigen, sondern in kürzeren oder längeren Perioden wieder, so ist der einjährige Durchschnittsbezug zunächst rechnerisch zu ermitteln, wobei das freie Ermessen des Gerichtes bei Naturalbezügen nicht beschränkt ist.

4) Die Bestimmungen der vorstehenden §§. 3—9 kommen auch dann zur Geltung, wenn der Werth des Streitgegenstandes mit Rücksicht auf die Revisionssumme (s. §. 508 Abs. 2) oder der Werth des Urtheilsgegenstandes mit Rücksicht auf die vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung (§. 649 Ziff. 4) festzustellen ist.

Außer den in diesen Paragraphen enthaltenen Normen für die Schätzung der verschiedenen möglichen Streitobjekte leitende Grundsätze aufstellen zu wollen (Siebenhaar a. a. O. S. 38—43), erscheint Angesichts der in Paragraph 3 ausgesprochenen Freiheit des richterlichen Ermessens im einzelnen Falle als vergebliche Mühe. —

---

§. 10.

Das Urtheil eines Landgerichts kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei.

Motive: „Die §§. 10, 11 sollen widersprechende Entscheidungen verschiedener Gerichte über die sachliche Zuständigkeitsfrage in Beziehung auf einen und denselben Rechtsstreit thunlichst verhüten. — Der §. 10 versagt jedes Rechtsmittel gegen das Urtheil eines Landgerichts aus dem Grunde, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts in der Sache begründet gewesen sei. Bei der präsumtiv besseren Rechtsprechung des Kollegialgerichts fehlt es an einem sachlichen Grunde, dem Beklagten dieserhalb ein Rechtsmittel zu gestatten."

1) Dieser Paragraph trifft zuvörderst nur die Urtheile, welche trotz der von dem Beklagten angeregten Unzuständigkeit des Landgerichts ergangen sind. Darin liegt:

a) Der Paragraph trifft nicht landgerichtliche Urtheile, die auf Grund einer mündlichen Verhandlung, bei welcher der Beklagte stillschweigend (§. 39) prorogirte, ergangen sind. Denn hier war durch die Prorogation das Landgericht zuständig geworden.

b) Der Paragraph trifft auch nicht die von einem unzuständigen Landgericht erlassenen Versäumnißurtheile.

Gegen diese ist vielmehr Einspruch zulässig und in der hiedurch nothwendig werdenden neuen Verhandlung kann die Unzuständigkeitseinrede von dem Beklagten geltend gemacht werden. (Mit Unrecht bestritten von Lothar Seuffert a. a. O. zu §. 10 Nr. 3.)

Dies folgt aus der Vorschrift des §. 307 ganz nothwendig. Danach wird durch den zulässigen Einspruch der Prozeß in die Lage zurückversetzt, in welcher er vor Eintritt der Versäumniß sich befand. Die Motive (zu §. 297 des Entwurfs) bezeichnen es als Wirkung des Einspruchs: „daß der Prozeß in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor Eintritt der Versäumniß befand, die Sachlage also materiell so anzusehen ist, als ob kein Versäumnißurtheil in Mitte läge." (Offizielle Ausgabe S. 235. Kortkampf'scher Abdruck S. 486.)

So bezweckt der Einspruch nicht Anfechtung eines Urtheils, sondern Aufhebung der Folgen einer Versäumniß. Hierüber bemerken die Motive zu §. 285—302 des Entwurfs: „. . . . . daß es demnach zweckmäßiger

erscheint, gegen jede erste Versäumung der Verhandlung ein für alle mal ex lege Nachsicht zu gewähren . . . ." (Offizielle Ausgabe S. 230 unten und 231. Kortkampf'scher Abdruck S. 484). Ueberdieß ist die Anschauung des Gesetzgebers an einer anderen Stelle der Motive, welche ex professo nicht von der Möglichkeit und Wirkung des Einspruchs handelt, unzweideutig dargelegt. Zu §. 38—40 des Entwurfs findet sich (auf S. 68 der offiziellen Ausgabe, S. 417 des Kortkampf'schen Abdrucks) folgende Ausführung über §. 39: „Wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, vor einem unzuständigen Gerichte zur Hauptsache mündlich verhandelt, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß er sich diesem Gerichte freiwillig unterwerfe. Dagegen bestimmt der Entwurf nicht, daß eine stillschweigende Vereinbarung auch dann anzunehmen sei, wenn der Beklagte in dem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint. Denn aus der Thatsache des Nichterscheinens ist eine Unterwerfung unter das an sich unzuständige Gericht nicht zu folgern; der nicht erschienene Beklagte darf erwarten, daß das unzuständige Gericht die Unzuständigkeit von Amtswegen aussprechen werde. Er that dies auf seine Gefahr; hat das Gericht, seiner Unzuständigkeit ungeachtet, gegen ihn in contumaciam erkannt, so muß er rechtzeitig den Einspruch einlegen und die Aufhebung des Urtheils wegen Mangels der Zuständigkeit beantragen, widrigenfalls das Urtheil — obgleich von einem unzuständigen Gerichte erlassen — in Rechtskraft übergeht." Da hiebei einer Ausnahme für Urtheile der Landgerichte nicht gedacht ist, so liegt kein Grund vor, die Zulässigkeit des Einspruchs auf Urtheile unzuständiger Amtsgerichte zu beschränken. Nach einem „Interesse" an der Einspruchserhebung (s. Lothar Seuffert a. a. O.) hat der Richter aber gar nicht zu forschen. Die Zulässigkeit des Einspruchs bestimmt sich lediglich nach den §§. 303—305. Ein Anhaltspunkt für die hier vertretene Ansicht liegt übrigens in dem Gesetzestext selbst. Paragraph 10 spricht von dem „Urtheil" eines Landgerichts. Nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes will dasselbe das „Versäumnißurtheil" nicht mitverstanden wissen, wo es das „Urtheil" nennt. Sonst wäre die Eintheilung des zweiten Buches im ersten Abschnitt, nämlich „1. Titel. Verfahren bis zum Urtheil. 2. Titel. Urtheil. 3. Titel. „Versäumnißurtheil." nicht wohl begründet.

2) Aus welchem Grunde die Zuständigkeit des Amtsgerichts behauptet wird, ist gleichgiltig. Der Paragraph 10 bezieht sich demnach in gleicher Weise auf §. 23 Nr. 1 und §. 23 Nr. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes. Ohne Grund beschränkt Siebenhaar (a. a. O. S. 47) den §. 10 auf die Fälle des §. 23 Nr. 1 cit.

3) Die Unanfechtbarkeit des landgerichtlichen Urtheils aus dem Grunde der amtsgerichtlichen Zuständigkeit gilt aber nicht blos für den verurtheilten

Beklagten; sie besteht ebensosehr für den abgewiesenen Kläger. Dieß ergibt sich nicht nur aus der für beide zutreffenden Fassung des Paragraphen, sondern auch aus den Bestimmungen über den vereinbarten Gerichtsstand. (§§. 38—40).

4) „Urtheil eines Landgerichts" ist auch das Urtheil einer Kammer für Handelssachen. Es gilt daher alles sub 1—3 Bemerkte auch für dieses. Arg. §. 70 Abs. 1 des GVG., §. 103 Abs. 1 eod.; s. auch Wernz in Hauser's Ztschr. 1877 Heft 3 S. 344 und Hauser ebenda S. 393. A. M. mit Unrecht Uebel, Commentar der CPO. §. 10 S. 11 Nr. 2, indem er die Kammern für Handelssachen mit den Handelsgerichten des Entwurfs irrthümlich identifizirt.

---

§. 11.

Ist die Unzuständigkeit eines Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so ist diese Entscheidung für das Gericht bindend, bei welchem die Sache später anhängig wird.

Motive: „Wenn sich in einem Prozesse das zunächst angegangene Gericht auf Grund einer Bestimmung über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig für unzuständig erklärt hat, so bindet diese Entscheidung nach §. 11 jedes Gericht, bei welchem die Sache später anhängig wird, sei es ein Gericht derselben oder einer anderen Gattung. Durch diese Vorschrift soll die Möglichkeit, daß für denselben Rechtsstreit sich mehrere Gerichte, von denen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, aus demselben Grunde rechtskräftig für sachlich unzuständig erklären, uud dadurch für diesen Fall der Eintritt der Anwendbarkeit des §. 36 Nr. 6 ausgeschlossen werden".

1) Nach dem Wortlaute des Paragraphen könnte es zweifelhaft erscheinen, ob die rechtskräftige Unzuständigkeitserklärung eines Gerichts aus einem bestimmten Grunde der sachlichen Unzuständigkeit die übrigen Gerichte nicht auch bezüglich aller anderen sachlichen Unzuständigkeitsgründe bindet, so daß z. B. ein Amtsgericht die nach §. 70 Nr. 2 des GVG. vor das Landgericht gehörige Klage nicht wegen Unzuständigkeit abweisen dürfte, nachdem das Landgericht seine Unzuständigkeit wegen des Werthes ausgesprochen hat, ohne zu prüfen, ob der Beklagte Reichsbeamter sei.

Allein das war keineswegs die Absicht des Gesetzgebers. Es würde diese Auffassung nicht nur zu den größten Unzuträglichkeiten führen können, sie ist auch Angesichts der oben abgedruckten Sätze aus den Motiven durch-

aus unzuläſſig, da dort lediglich die Möglichkeit vermieden werden soll, daß zwei Gerichte aus demselben Grunde (d. i. auf die gleiche Zuständigkeitsnorm hin) sich für sachlich unzuständig erklären, von denen das eine zuständig ist. Ueberdieß ergibt sich das gleiche Resultat aus den Gesetzesworten: „so ist diese Entscheidung ꝛc." ebenfalls.

2) Anwendungsfälle dieses Paragraphen sind z. B. folgende:

Ein Amtsgericht spricht seine Unzuständigkeit aus, weil der Streitgegenstand 400 Mk. werth sei oder weil er nach §. 70 Nr. 1 oder 2 des GVG. vor die Landgerichte gehöre. Der Streit wird später bei einem Landgerichte anhängig. Dieses kann nunmehr nicht seine Unzuständigkeit aus dem Grunde aussprechen, weil der Streitgegenstand nur 300 Mk. werth sei oder weil ein Fall des §. 70 Nr. 1 oder 2 des GVG. nicht vorliege;

oder

ein Landgericht spricht seine Unzuständigkeit aus, weil die Sache nach §. 23 Ziff. 2 des GVG. zum Amtsgericht gehöre; dann kann sich das später angegangene Amtsgericht nicht deßhalb für unzuständig erklären, weil nicht eine Miethstreitigkeit oder nicht eine Streitigkeit wegen Viehmängel ꝛc. gegeben sei.

3) Hingegen steht nichts im Wege, daß das später angegangene Gericht sich aus irgend einem Grunde der örtlichen Zuständigkeit (§§. 12—34) oder aus einem anderen Grunde der sachlichen Zuständigkeit für unzuständig erkläre.

In seiner Allgemeinheit unzutreffend ist der Satz, daß der andere sachliche Unzuständigkeitsgrund nur nicht aus §. 23 des GVG. entnommen sein dürfe (Lothar Seuffert a. a. O. zu §. 11 Nr. 1 a. E.), sobald aus einem Grunde dieses §. die Unzuständigkeit einmal ausgesprochen wäre.

4) Nach der aus den Motiven ersichtlichen ratio legis erstreckt sich die bindende Kraft des Unzuständigkeitsausspruches eines Gerichts auch auf alle Gerichte gleicher Gattung. So würde z. B. das Landgericht der Niederlassung (§. 22) seine Kompetenz wegen des Werthes ablehnen müssen, nachdem vorher das Landgericht des Wohnsitzes (§. 12) aus diesem Grunde seine Unzuständigkeit ausgesprochen hatte.

5) Siebenhaar (a. a. O. z. §. 11 S. 48) wirft die Zweifelsfrage auf, ob, wenn ein Amtsgericht die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts oder letzteres die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts rechtskräftig ausgesprochen hat, die Rechtskraft einer derartigen Entscheidung jedes andere Landgericht oder Amtsgericht bindet, wenn bei ihm die Sache später anhängig wird.

Indem er die Frage verneint, beruft er sich auf die ratio legis und bemerkt, daß diese mehr dafür spreche, „daß die Rechtskraft einer derartigen Entscheidung nur dem Amtsgerichte oder dem Landgerichte gegenüber gelte,

welches (örtlich?) zuständig ist, wenn nach den Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte das Amtsgericht oder das Landgericht, bei dem die Sache zuerst anhängig gemacht wird, nicht zuständig ist." Allein wenn die Motive als Hauptzweck der Vorschrift des Paragraphen die Vermeidung des negativen Kompetenzkonfliktes bezüglich der einzelnen Zuständigkeitsgründe bezeichnen, so entspricht es diesem Zwecke, daß alle Gerichte an die Entscheidung gebunden sind, bei welchen irgend einmal die Sache anhängig wird, nicht blos jenes einzelne Gericht, welches in dem Augenblicke örtlich zuständig wäre, wo das angegangene seine Unzuständigkeit ausspricht. Wenn daher das Landgericht des Wohnsitzes seine Unzuständigkeit ausgesprochen hat wegen des 300 Mk. nicht übersteigenden Werthes des Streitobjekts, so ist nicht nur das Amtsgericht des gegenwärtigen Wohnorts an diese Entscheidung gebunden, sondern jedes Amtsgericht, wo einmal die Sache anhängig wird, z. B. das Amtsgericht der Niederlassung (§. 22) oder das Amtsgericht des später veränderten Wohnsitzes.

6) Nur der rechtskräftige Anspruch der Unzuständigkeit hat für alle Gerichte bindende Kraft. Rechtskräftig ist der in einem rechtskräftigen Urtheile enthaltene Ausspruch. Ueber die Rechtskraft der Urtheile s. §. 645 und §. 19 des EG. zur CPO.

7) Von Amtswegen kann sich das unzuständige Gericht auf den Ausspruch seiner Unzuständigkeit beschränken. Auf Antrag des Klägers jedoch muß das unzuständige Gericht zugleich die Streitsache an jenes Gericht verweisen, welches ihm als das in concreto zuständige erscheint. Mit der Rechtskraft dieses Urtheils gilt der Prozeß als anhängig bei dem bezeichneten Gericht (§§. 249, 466).

8) An den Bestimmungen über die Verweisung von der Kammer für Handelssachen an die Civilkammer und umgekehrt (s. GVG. §§. 103, 104, 107 zu §. 1 oben) wird durch den §. 11 nichts geändert.

9) Der Paragraph 11 bezieht sich nur auf den Ausspruch der Unzuständigkeit, welche in den Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ihren Grund hat. Hierüber ist die Erläuterung zu §. 1 zu vergleichen. Demnach ist der Ausspruch eines Gerichts über seine örtliche Unzuständigkeit für andere Gerichte nicht bindend.

Zweiter Titel.

Gerichtsstand.

Motive: „Die §§. 12—20 behandeln die allgemeinen Gerichtsstände, während sich die §§. 21—34 mit den besonderen Gerichtsständen beschäftigen. Der §. 35 normirt das Verhältniß mehrerer zuständiger Gerichte zu einander. Die §§. 36, 37 ordnen für bestimmte Fälle die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht.

„Mit Rücksicht auf den Zusammenhang, der zwischen einzelnen Gerichtsständen und den in der Prozeßordnung geregelten Materien besteht, ist darauf verzichtet, sämmtliche Gerichtsstände in dem zweiten Titel zusammenzustellen. Es finden sich daher durch den ganzen Entwurf zerstreut Vorschriften über den Gerichtsstand. Für das Mahnverfahren setzt der §. 582 die Gerichtsstände fest. Einen besonderen Gerichtsstand bestimmen ferner der §. 61 für die Hauptintervention, der §. 523 für die Richtigkeits- und Restitutionsklagen, der §. 542 für die Wechselklagen, die §§. 544, 569, 579 für Ehe- und Entmündigungssachen, der §. 784 für die Amortisation von Urkunden und der §. 812 für die Klage im schiedsrichterlichen Verfahren. Eine große Zahl von Gerichtsständen stellt das achte Buch für die Zwangsvollstreckung auf (§§. 610, 616, 633, 635, 636, 639, 653, 654, 677, 702, 705, 720, 721, 724, 726). Außerdem regelt der Entwurf die Zuständigkeit für die Erlediguug von Nebenstreitigkeiten. Auch sind für einzelne Fälle (§. 768 Abs. 2; Einführungsgesetz §§. 7, 11) andere reichs- und landesgesetzliche Anordnungen über den Gerichtsstand aufrecht erhalten."

Gerichtsstand (forum) ist die Pflicht einer Person, sich wegen einer gegen sie erhobenenen Klage vor ein bestimmtes Gericht zu stellen oder das Verhältniß der Unterwürfigkeit eines Beklagten unter die Entscheidung eines bestimmten Gerichts [1]). Da dieses Verhältniß, um begründet zu sein, voraussetzt, daß ein Gericht zur Entscheidung der Art von Fällen berufen sei, zu welcher die erhobene Klage gehört, m. a. W. die sachliche Zuständigkeit des angegangenen Gerichts, so erscheint der Gerichtsstand lediglich als eine örtliche Beziehung des Gerichts zum Rechtsstreite. Der Gerichtsstand bestimmt unter mehreren Gerichten von gleicher sachlicher Zuständigkeit das Gericht eines bestimmten Ortes für den concreten Fall. Vom Standpunkt des Gerichts aus stellt sich der Gerichtsstand dar als die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit. Der Gerichtsstand begründet darum nicht bloß eine Unterwürfigkeit des Beklagten, sondern auch eine Befugniß und Pflicht

---

[1]) Das Gericht selbst, zu welchem dieses Verhältniß besteht, pflegt man gleichfalls den Gerichtsstand (forum) zu nennen.

des Gerichts zur Verhandlung und Entscheidung; nicht minder ergibt sich für den Kläger die Befugniß und der Zwang zur Angehung des örtlich zuständigen Gerichts.

In Uebereinstimmung mit dem bisherigen gemeinen Prozesse kennt das Gesetz folgende Arten von Gerichtsständen:

a) fora legalia und prorogata; b) fora generalia und specialia (cf. Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozeßrechts S. 67, 95 und 67, 75).

Von den einzelnen Gerichtsständen des gemeinen Civilprozesses ist der Gerichtsstand des Arrestes gänzlich aufgegeben. Die übrigen gemeinrechtlichen Gerichtsstände finden sich aufrechterhalten. Das Gesetz kennt demnach die Gerichtsstände des Wohnorts, der belegenen Sache, der Obligationsentstehung (gestae administrationis und delicti commissi), der Widerklage, des Sachzusammenhanges und der freiwilligen Vereinbarung. Doch ist der Kreis der Gerichtsstände hierin nicht geschlossen, wie aus den oben mitgetheilten Motiven ersichtlich ist. — Auch die allgemeinen Vorschriften über den Gerichtsstand d. h. die Vorschriften dieses Titels stellen Gerichtsstände auf, welche dem bisherigen gemeinen Prozesse fremd waren (vergl. §§. 24, 27).

---

§. 12.

Das Gericht, bei welchem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, ist für alle gegen dieselbe zu erhebenden Klagen zuständig, sofern nicht für eine Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

Motive: „Nach §. 12 ist das Gericht, bei welchem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, für alle gegen dieselben zu erhebenden Klagen zuständig, und nach §. 35 hat der Kläger unter mehreren zuständigen Gerichten die Wahl. Eine Ausnahme tritt ein, wenn für eine Klage durch die Prozeßordnung, durch das Einführungsgesetz zu derselben oder durch ein anderes Reichsgesetz ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist. Dem ausschließlichen Gerichtsstande hat jeder andere Gerichtsstand zu weichen. Ausschließliche Gerichtsstände schreibt der Entwurf, abgesehen von der Zwangsvollstreckung (§. 656), nur in beschränktem Maße vor: für die dinglichen Klagen des §. 25, für die Nichtigkeits- und Restitutionsklagen §. 523, für Ehe- und Entmündigungssachen §§. 544, 579.

„Soweit nicht einzelne Ausnahmen bestimmt werden, gelten die Vorschriften über den Gerichtsstand nicht nur für die Inländer, d. h. die Angehörigen des Deutschen Reichs — Reichsverfassung vom 16. April 1871 Art. 3, Gesetz vom demselben Tage §. 2 Abs. 2, Reichsgesetz über die Er-

werbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 §§. 1—12 —, sondern ebensowohl für die Ausländer, und zwar ohne Rücksicht auf die Parteistellung der betreffenden Personen und — entgegen der altpreuß. Praxis (Erk. des Ober-Tribunals vom 26. April 1855; Striethorst, Archiv Band 17 S. 144) — ohne Rücksicht darauf, ob es sich um den allgemeinen oder einen besonderen Gerichtsstand handelt.

„Der Entwurf erkennt ferner keinen privilegirten Gerichtsstand an und reservirt nur durch §. 3 (nun §. 5) des Einführungsgesetzes den landesrechtlich bestehenden Sondergerichtsstand der Landesherren und der landesherrlichen Familien.

„Die Vorschriften über das Forum von Ausländern, welche im Inlande als Exterritoriale leben, berühren Straf- und Civilprozeß und gehören daher nach dem in der allgemeinen Begründung §. 16 entwickelten Gesichtspunkte in das Gerichtsverfassungsgesetz [vgl. Gerichtsverfassungsgesetz §§. 6 bis 9 (nun §§. 18—21)].“

1) Paragraph 12 enthält die Definition des allgemeinen Gerichtsstandes. Danach ist allgemeiner Gerichtsstand einer Person die Pflicht derselben, wegen aller gegen sie zu erhebenden Klagen mit Ausnahme jener, für welche ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht, vor einem bestimmten Gerichte sich zu stellen.

2) „Alle Klagen“ können im Gerichte des allgemeinen Gerichtsstandes erhoben werden. Es besteht demgemäß ein grundsätzlicher Unterschied der Behandlung vermögensrechtlicher und familienrechtlicher Klagen nicht.

3) Nur insoweit ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht, kann bei dem Gerichte des allgemeinen Gerichtsstandes nicht geklagt werden. Ausschließlicher Gerichtsstand ist die Pflicht und das Recht einer Person, wegen eines Rechtsverhältnisses bestimmter Art nur dem Gerichte eines bestimmten Ortes zu Recht zu stehen in Verbindung mit der Nothwendigkeit für den Kläger, nur bei diesem Gerichte Recht zu suchen. Das Bestehen eines besonderen Gerichtsstandes für die Klage aus einem bestimmten Rechtsverhältniß schließt daher an sich nicht aus, daß daneben der allgemeine Gerichtsstand begründet sei. Es schließt dieß nur dann aus, wenn der besondere Gerichtsstand zugleich ein ausschließlicher ist.

Besonderer Gerichtsstand aber ist die Pflicht einer Person, sich der Klage aus einem bestimmten Rechtsverhältniß vor einem anderen als dem Gerichte des allgemeinen Gerichtsstandes zu stellen.

Die besonderen Gerichtsstände, welche die Civilprozeßordnung aufstellt, sind aus den zur Rubrik dieses Titels abgedruckten Motiven zu ersehen, die ausschließlichen Gerichtsstände aus den Motiven zu diesem Paragraphen.

Andere reichsgesetzliche Bestimmungen über den Gerichtsstand, welche nach §. 13 des EG. zur CPO. in Geltung bleiben, sind z. B. enthalten in §. 11 des Gesetzes, betr. die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 4. Juli 1868, §§. 111, 144, 164, 213, 247, 315, 455, 475 des allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, §. 13 des Postgesetzes vom 28. October 1871, §. 39 des Reichsmilitärges. vom 4. Mai 1874, §§. 21, 22 des Ges., betr. die Rechtsverhältnisse des Reichsbeamten vom 31. März 1873.

4) Ueber die Aufrechterhaltung des landesgesetzlich begründeten privilegirten Gerichtsstandes der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien ist zu vergleichen S. 43 oben.

5) Die Bestimmungen des GVG. über den Gerichtsstand derjenigen Personen, welche im Inlande das Recht der Exterritorialität genießen, sind folgende:

§. 18.

Die inländische Gerichtsbarkeit erstreckt sich nicht auf die Chefs und Mitglieder der bei dem Deutschen Reiche beglaubigten Missionen. Sind diese Personen Staatsangehörige eines der Bundesstaaten, so sind sie nur insofern von der inländischen Gerichtsbarkeit befreit, als der Staat, dem sie angehören, sich der Gerichtsbarkeit über sie begeben hat.

Die Chefs und Mitglieder der bei einem Bundesstaate beglaubigten Missionen sind der Gerichtsbarkeit dieses Staates nicht unterworfen. Dasselbe gilt von den Mitgliedern des Bundesraths, welche nicht von demjenigen Staate abgeordnet sind, in dessen Gebiete der Bundesrath seinen Sitz hat.

§. 19.

Auf die Familienglieder, das Geschäftspersonal der im §. 18 erwähnten Personen und auf solche Bedienstete derselben, welche nicht Deutsche sind, finden die vorstehenden Bestimmungen Anwendung.

§. 20.

Durch die Bestimmungen der §§. 18, 19 werden die Vorschriften über den ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nicht berührt.

§. 21.

Die im Deutschen Reiche angestellten Konsuln sind der inländischen Gerichtsbarkeit unterworfen, sofern nicht in Verträgen des Deutschen Reichs mit anderen Mächten Vereinbarungen über die Befreiung der Konsuln von der inländischen Gerichtsbarkeit getroffen sind.

Nach §. 18 des GVG. besteht daher in Deutschland ein Gerichtsstand der Chefs und Mitglieder der beim *Deutschen Reich* beglaubigten Mis-

sionen nicht, auch nicht ein besonderer Gerichtsstand, soweit nicht §. 20 eingreift (vgl. die Protokolle der Commission, betr. die Berathung des GVG. S. 148 und unten zu §. 25 Nr. 8).

Für die Chefs und Mitglieder der bei einem Bundesstaate beglaubigten Missionen besteht ein Gerichtsstand nur innerhalb dieses Bundesstaates nicht. Dagegen ist sehr wohl die Begründung eines besonderen Gerichtsstandes solcher Personen in einem anderen Bundesstaate denkbar, z. B. der Gerichtsstand der Erbschaft (§. 28), der Erfüllung (§. 29), der geführten Verwaltung (§. 31), des Delicts (§. 32).

Diese Befreiung von der inländischen Gerichtsbarkeit ist durch §. 19 von den Chefs und Mitgliedern der Missionen auf ihre Familienangehörigen, ihr Geschäftspersonal und ihre nichtdeutsche Dienerschaft ausgedehnt. Deutsches Geschäftspersonal ausländischer Missionen nimmt demnach an der Exterritorialität der Chefs Theil.

Aber auch für die Chefs und Mitglieder der auswärtigen beim Deutschen Reich beglaubigten Missionen besteht die Befreiung von der inländischen Gerichtsbarkeit nicht, wenn sie Angehörige eines Deutschen Bundesstaates sind, es müßte denn sein, daß dieser sich der Gerichtsbarkeit über sie begeben hätte. Die Motive zu §. 6 des Entwurfs eines Gerichtsverfassungsgesetzes, der dem §. 18 des Gesetzes entspricht, äußern sich hierüber also:

„Nach der Ansicht der Völkerrechtslehrer (vergl. Heffter, Völkerrecht §. 42 Ziffer VI) sind diplomatische Personen, wenn sie in einem dauernden Unterthanenverhältnisse zu demjenigen Staate stehen, bei welchem sie beglaubigt sind, nur insoweit von dessen Gerichtsbarkeit befreit, als dieser Staat sich der Gerichtsbarkeit über sie begeben hat. Im Verhältnisse zum Deutschen Reiche muß die Reichsangehörigkeit als entscheidend angesehen werden; dies bringt der zweite Satz des §. 6 zum Ausdruck".

Da die Reichsangehörigkeit vermittelt wird durch die Staatsangehörigkeit zu einem Deutschen Bundesstaate, so muß bei Anwendung des allegirten völkerrechtlichen Satzes auf die Missionen beim Deutschen Reiche die Angehörigkeit zu einem Bundesstaate genügen, um die inländische d. h. die Deutsche Gerichtsbarkeit allenthalben in Deutschland über den Deutschen Diplomaten zu begründen. Als praktisches Beispiel für die Anwendbarkeit dieses Satzes erwähnen die Motive zum GVG. (§. 6 des Entw.), daß ein preußischer Unterthan als Minister-Resident einer amerikanischen Republik beim Reich beglaubigt sei.

Für die Diplomaten der bei den einzelnen Bundesstaaten beglaubigten Missionen (§. 18 Abs. 2 des GVG.) hat das Gesetz jenen völkerrechtlichen Satz nicht ausdrücklich anerkannt; allein gegenüber dem Umstande, daß die Motive sich darauf zur Begründung der in §. 18 Abs. 1

enthaltenen Beschränkung der Exterritorialität berufen, läßt die Annahme gerechtfertigt erscheinen, daß der Gesetzgeber auch bei Abfassung des §. 18 Abs. 2 die Geltung desselben Satzes vorausgesetzt habe. Für diese Auffassung entscheidend ist übrigens der zweite Satz der Al. 2. Danach soll den Mitgliedern des Bundesrathes ganz derselbe Schutz gewährt werden, wie fremden Diplomaten und zwar, wie aus den Motiven zu §. 6 des Entwurfs eines Gerichtsverfassungsgesetzes und den Commissionsprotokollen (S. 148) sich ergibt, mit Rücksicht auf Art. 10 der Reichsverfassung:

> Dem Kaiser liegt es ob, den Mitgliedern des Bundesrathes den üblichen diplomatischen Schutz zu gewähren.

Und doch sind die Bundesrathsmitglieder, welche von demjenigen Staate abgeordnet sind, in dessen Gebiete der Bundesrath seinen Sitz hat, der Gerichtsbarkeit desselben unterworfen. Man muß daher dasselbe Verhältniß der Unterwürfigkeit annehmen, wenn der bei einem Bundesstaat beglaubigte fremde Diplomat Angehöriger *dieses* Bundesstaates ist. Freilich nicht auch dann, wenn er nur Angehöriger irgend eines Deutschen Bundesstaates ist. Denn gleichwie für die Bundesrathsmitglieder überhaupt die Exterritorialität Platz greift, ebenso muß dieselbe in diesem Falle für die *einem* Deutschen Staat angehörigen Chefs oder Mitglieder der bei einem *andern* Deutschen Staat beglaubigten Mission gewahrt bleiben.

Im Uebrigen ist hervorzuheben, daß für die exterritorialen Bundesrathsmitglieder ebenso wie für die fremden Diplomaten *alle* Gerichtsstände, auch die fora specialia, in dem Staate, wo der Bundesrath seinen Sitz hat, ausgeschlossen sind. (Vgl. §. 18 Abs. 1 und §. 20 und hiezu die Protokolle der Commission betr. die Berathung des GVG. S. 148, wo die Anfrage des Abg. Dr. *Bähr*, ob durch Absatz 2 des §. 6 (= §. 18) auch die Spezialfora ausgeschlossen seien, durch Director *von Amsberg* bejaht wird unter Verweisung auf Absatz 1 des §. 6 und §. 8 (= §. 20) des GVG., dessen ausdrücklich statuirte Ausnahme allein bestehe).

Die in §. 20 getroffene Ausnahme von der Exterritorialität bezieht sich auf den in §. 25 der CPO. geordneten Gerichtsstand. (S. Mot. z. §. 8 (= §. 20) des Entw. zum GVG.)

Die Exemtion der Exterritorialen von der inländischen Gerichtsbarkeit wird in ihrer Wirkung in den Motiven zu §. 8 des Entw. zum GVG. durch folgende Sätzen näher bestimmt:

> „Aus dem Satze, daß die diplomatischen Personen rc. der inländischen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen sind, ergibt sich nicht nur, daß sie im Inland nicht gegen ihren Willen verklagt werden können, sondern ebenso, daß Zustellungen an sie nach den Grundsätzen von Zustellungen im Auslande zu bewirken sind . . . . Ausdrücklicher Bestimmungen hierüber bedarf es nicht."

§. 13.

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person wird durch den Wohnsitz bestimmt.

Motive: „In Uebereinstimmung mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen und allen neueren Prozeßgesetzen erklärt der §. 13 als den prinzipalen Entstehungsgrund des allgemeinen Gerichtsstandes den Wohnsitz des Beklagten. Der Entwurf gibt gleich den Prozeßordnungen für Bayern Art. 12, Württemberg Art. 32, Baden §. 18, Hannover §. 5, Oldenburg Art. 11, Braunschweig §. 25 keine Definition des Wohnsitzes, davon ausgehend, das der prozeßrechtliche Wohnsitz mit dem civilrechtlichen Wohnsitze identisch sei und daß der Begriff des Wohnsitzes, sowie die Voraussetzungen, unter denen der Wohnsitz begründet und aufgehoben wird, durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestimmt werden. Es kann mithin nicht zweifelhaft sein und bedarf einer ausdrücklichen Bestimmung nicht, daß, insofern nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts Jemand an mehreren Orten Wohnsitz hat, der allgemeine Gerichtsstand dieser Person an jedem der mehreren Orte begründet ist.

„Nach den angezogenen Prozeßgesetzen und den neueren Prozeßgesetzentwürfen — preuß. Entw. §. 4, hannov. Entw. §. 10 — gilt der Grundsatz des §. 13 nur insoweit, als der Wohnsitz des Beklagten im Inlande belegen ist. Auch nach dem nordd. Entw. §§. 43, 44 tritt in Ermangelung des inländischen Wohnsitzes der Gerichtsstand des Aufenthalts und, wo auch dieser unbekannt oder im Auslande, der des letzten inländischen Wohnsitzes ein. Gegen Personen, welche im Auslande ihren Wohnsitz haben, kann jedoch

a) im Gerichtsstande des Aufenthalts seitens der Ausländer nur wegen vermögensrechtlicher Ansprüche,
b) in dem des letzten inländischen Wohnsitzes nur aus den vor Begründung des ausländischen Domizils entstandenen Rechtsverhältnissen geklagt werden.

„Diese Vorschriften sind kasuistisch und entbehren eines festen Prinzips. Der Entwurf hielt es daher für angemessen, in konsequenter Anwendung des Grundsatzes, hinsichtlich des Gerichtsstandes nicht zwischen Inländern und Ausländern zu unterscheiden, einen Schritt weiter zu gehen und in den Fällen der §§. 13, 18 den allgemeinen Wohnsitzgerichtsstand dort anzunehmen, wo der Beklagte wohnt, gleichviel, ob der Wohnsitz im Inlande oder im Auslande liegt. Der subsidiäre allgemeine Gerichtsstand am Aufenthaltsorte in Deutschland (§. 18) findet daher nur Anwendung, wenn der Beklagte gar keinen Wohnsitz hat, weder innerhalb noch außerhalb des Deutschen Reichs; und ebensowenig soll in Betreff des letzten Wohnsitzes —

welcher für Beklagte ohne Domizil und ohne bekannten Deutschen Aufenthaltsort den allgemeinen Gerichtsstand begründet — unterschieden werden, ob der Beklagte den letzten Wohnsitz im Inlande oder im Auslande hatte. Der Entwurf hofft mit diesen Grundsätzen eine dem Rechtsbedürfnisse der Gegenwart entsprechende Fortbildung des internationalen Rechts zu fördern und besorgt hieraus keine Gefährdung der Deutschen Interessen. Die besonderen Gerichtsstände der belegenen Sache, des Vertrags, des Vermögens 2c. §§. 25, 29, 24 werden genügen, um in den geeigneten Fällen den im Auslande wohnhaften Schuldner vor ein inländisches Gericht zu ziehen. In besonderer Berücksichtigung der einschlagenden Verhältnisse hat der Entwurf zu Gunsten der Inländer einige Ausnahmen von der allgemeinen Regel bestimmt für die Ehescheidungsklage der verlassenen Deutschen Ehefrau §. 544 Abs. 2, für die Entmündigungsklage und die Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung §§. 568, 579, endlich für einige Fälle im Zwangsvollstreckungsverfahren §§. 654, 677, 726."

1) Der allgemeine Gerichtsstand einer **Person** wird durch deren Wohnsitz bestimmt. Das Gesetz versteht unter „Person" hier die physische Person allein. Denn für die sogen. juristischen Personen sind besondere Bestimmungen getroffen (s. § 19).

2) Der allgemeine Gerichtsstand einer Person wird durch deren **Wohnsitz** bestimmt. Welcher Ort als Wohnsitz zu erachten sei, wird nicht gesagt. Die Motive verweisen auf die civilrechtlichen Sätze über den Wohnsitz. Das Gemeine Recht und die Deutschen Partikularrechte sowie der Code civil unterscheiden zwischen freiwilligem und nothwendigem Wohnsitz.

Was zunächst das Gemeine Recht anlangt, so versteht es:

a) unter freiwilligem Wohnsitz (domicilium voluntarium) nach übereinstimmender Auffassung von Theorie und Praxis im Anschluß an die Bestimmungen des Römischen Rechts jenen Ort, den eine physische Person sich zum Aufenthalt wählt, um daselbst oder von dort aus ihre geschäftliche und soziale Thätigkeit zu entfalten, wo sich m. a. W. die geschäftlichen und die persönlichen Verhältnisse der Person konzentriren (s. **Arndts**, Bd. §. 40; v. **Savigny**, System VIII S. 58; — **Seuffert**, prakt. Pand.-Recht (4. Aufl.) §. 102; **Windscheid**, Bd. I §. 36; **Wetzell**, System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl. S. 489; Entscheidungen oberster deutscher Gerichtshöfe in **Seuffert**, Arch. XI, 108 und 299; XIV, 65; XV, 75; XVI, 74; XVII, 116; XX, 183. — Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses I S. 18, IV S. 727);

b) unter nothwendigem Wohnsitz (domicilium necessarium) denjenigen Ort, welchen sich eine Person zufolge zwingender äußerer Umstände als Aufenthalt und als Mittelpunkt ihres bürgerlichen Wirkens wählt oder der für sie wegen Mangels eigener Dispositionsfähigkeit durch ihre gesetzlichen Vertreter gewählt wird (s. Seuffert, prakt. Pd.-Recht §. 102).

Die Anschauung, welche sich in der gemeinrechtlichen Doktrin vertreten findet und wonach für das domicilium necessarium die Wahl bezw. der Wille des Wohnenden kein Begriffsmerkmal bildet, d. h. gar nicht in Betracht kommt (s. Windscheid, Pd. I §. 36 Anm. 5; Arndts, Pd. §. 40 zu Note c; Seuffert, Kommentar zur bayr. Gerichtsordnung von 1753 (2. Aufl.) I S. 56. — v. Savigny, System VIII S. 61) scheint mir nicht aus den Quellen begründet werden zu können und ist praktisch bedenklich.

Diejenigen domicilia necessaria, welche die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis übereinstimmend als solche anerkennen, nämlich: für Beamte der Ort der Anstellung, für Soldaten der Dienstort (si nihil in patria possident), für Bevormundete der Ort, der ihnen durch den Vormund bezw. die Obervormundschaftsbehörde angewiesen wird, für Ehefrauen der Wohnsitz des Ehemannes, für eheliche Kinder der des Vaters (vgl. Seuffert, prakt. Pd.-Recht a. a. O.), werden sämmtlich durch Wahl begründet, wenn dieselbe auch durch zwingende äußere Umstände bestimmt wird (coactus voluit, voluit tamen). Es käme daher nur noch als bestritten das domicilium necessarium der Sträflinge am Strafvollzugsort in Betracht. Für dieses domicilium necessarium pflegt man aus den Quellen die l. 22 §. 3 und 27 §. 3 D. ad munic. 50, 1 anzuführen. Allein es geht für's Erste nicht an, diese Stellen, welche nur von dem nothwendigen Wohnsitz Relegirter handeln, schlechthin auf unsere Strafgefangenen anzuwenden, zumal ja den Römern auch die Gefängnißstrafe bekannt war. Sodann enthalten die Stellen m. E. nur den Satz, daß die Relegirten ihren Wohnsitz am Orte der Relegation unter Umständen haben können. Mit Recht weist Seuffert (prakt. Pd.-Recht 4. Aufl. §. 102 Anm. 7) auf den Wortlaut der l. 27 §. 3 D. 50, 1 hin: Domicilium autem habere potest et relegatus eo loci unde arcetur (s. auch Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses 3. Aufl. S. 491 Anm. 51). Auch steht l. 23 §. 2 cit. nicht entgegen. Denn wenn dort gesagt ist: Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, interim necessarium domicilium habet, so ist zu bedenken, daß interim nicht bloß „unterdessen", sondern auch „bisweilen" (= interdum, aliquando) bedeutet (s. Dirksen, manuale sub v. interim §. 2). Bei dieser letzten Bedeutung von interim sagt l. 23 §. 2 D. cit. nicht mehr als l. 27 §. 3 D. eod. —

Es wird daher gemeinrechtlich ein domicilium necessarium der Strafgefangenen am Strafvollzugsorte nicht angenommen werden dürfen, weder bei zeitlichen Freiheitsstrafen, wo ohnehin die Grenze sehr schwer zu ziehen wäre (Gefängnißstrafe von 1 Tag bis zu 10 Jahren beim Zweikampf!), noch bei lebenslänglichen, weder neben dem domicilium voluntarium, noch ausschließlich. Eine überzeugende Ausführung in diesem Sinne s. in Seuffert's Bl. f. R.-A. Bd. 29 S. 482 II. Dazu ein Urtheil des obersten Gerichtshofes für Bayern in Seuffert's Bl. f. R.-A. Bd. 35 S. 252. Dasselbe in Seuffert's Arch. Bd. 24 Nr. 274. So auch Wetzell a. a. O. S. 491 Anm. 48. A. M. Wernz, Commentar zur bayr. CPO. S. 49 Nr. 8; Schmitt, der bayr. Civilprozeß I S. 276. Unentschieden Lothar Seuffert, Commentar zu §. 13 Nr. 2 S. 15. Die Deutschen Partikularrechte der größeren Staaten enthalten über das domicilium necessarium von Strafgefangenen keine Vorschriften (vgl. Hinschius in v. Holtzendorff, Rechtslexikon sub voce Wohnsitz).

Wo nur eine zeitliche Freiheitsstrafe in Frage steht, wird je nach ihrer Dauer angenommen werden müssen, daß entweder daneben das Domizil bestehen bleibt oder daß der Gefangene aufhört ein Domizil zu haben, daß er vielmehr nur einen erzwungenen Aufenthalt habe, der dann in Ansehung des Gerichtsstandes die gleichen Dienste thut, wie ein Wohnsitz (§. 18). Bei einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe wird die letztere Annahme stets Platz greifen müssen. Ueber die praktische Seite dieser Frage s. u. zu §. 17 Nr. 2.

In gleicher Weise wie die Strafgefangenschaft dürfte der Fall zu beurtheilen sein, welcher nach §. 2 des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1872, betreffend den Orden der Gesellschaft Jesu, eintreten kann. Danach können Inländer, welche Mitglieder des Ordens der Gesellschaft Jesu sind, einen bestimmten Bezirk oder Ort als Aufenthalt angewiesen erhalten. Wo immer nur der Wille des so Confinirten nicht auf Begründung des Wohnsitzes am angewiesenen Orte gerichtet ist, da wird man ebenfalls nur von einem erzwungenen Aufenthalte sprechen können, neben welchem sehr wohl ein Wohnsitz bestehen kann, da mit der Confinirung der bisherige Wohnsitz nicht als aufgegeben zu erachten ist. (Vgl. Wetzell a. a. O. S. 491 Anm. 51).

Für das Geltungsgebiet des Gemeinen Rechts ist die Möglichkeit eines doppelten Wohnsitzes gegeben. (Vgl. Windscheid a. a. O. Anm. 7; Seuffert a. a. O. Anm. 20).

Die Bestimmungen der Landesrechte über den freiwilligen Wohnsitz treffen im Wesentlichen mit jenen des Gemeinen Rechtes zusammen (vgl. die Preuß. Allgem. Gerichtsordnung Tit. II §§. 8—10, Codex jur. bav. jud. v. Jahre 1753 Kap. I §. 3. Hiezu die vortrefflichen Bemerkungen in Seuf-

fert's Commentar und Kreittmayr's Annotationen. Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch enthält eine Definition des Wohnsitzes nicht).

Ueber das französische Recht s. Code civil Art. 102—109.

Das nothwendige Domizil bestimmen die Landesrechte theilweise abweichend vom Gemeinen Rechte. So kennt die bayrische Gerichtsordnung ein nothwendiges Domizil der Dienstboten; vgl. Codex iur. bav. iud. Kap. I §. 14 und Seuffert, Commentar hiezu (2. Aufl. I S. 56). Desgleichen die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung Titel II §. 13 und der Code civil Art. 109. Die bevormundeten, nicht emanzipirten Minderjährigen haben im französ. Recht ihren Wohnsitz bei ihrem Vormund; die interdicirten Großjährigen bei ihrem Curator. Code civil Art. 108. Die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung kennt auch ein nothwendiges Domizil des Pächters s. Tit. II §. 12. Hiezu Wetzell a. a. O. S. 489 Anm. 40. Das nothwendige Domizil der Beamten an dem Orte der Amtsverwaltung hängt nach französischem Rechte (vgl. Code civil Art. 106 107) davon ab, daß „ihre Anstellung lebenslänglich ist und von der Regierung nicht nach Gutbefinden widerrufen werden kann" (s. Zachariä, Handbuch des franz. Civilr. 4. Aufl. §. 143). Dieser Wohnsitz beginnt begründet zu sein mit dem Amtsantritt d. h. mit Leistung des Diensteides (s. Zachariä a. a. O.).

Keine Bedeutung für den allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes hat der sogenannte erwählte Wohnsitz des französischen Rechtes nach Art. 111 des Code civil d. i. Unterwerfung unter ein anderes als das forum domicilii bezüglich eines bestimmten Rechtsgeschäftes durch urkundliche Erklärung. (Vgl. Zachariä a. a. O. §. 146. Hiezu die Motive zu §. 40 der CPO.)

Die Civilprozeßordnung hat übrigens in Ansehung des Gerichtsstandes selbst einzelne Fälle des nothwendigen Wohnsitzes geordnet in §§. 14, 15, 17. Unzutreffend ist jedoch die Meinung, daß §. 13 nur das domicilium voluntarium im Auge habe (Uebel, Commentar der CPO. zu §. 13 Nr. 2), was sich z. B. bei Klagen gegen Bevormundete praktisch zeigt.

Partikularrechtlich ist auch die Möglichkeit eines doppelten Wohnsitzes bisweilen ausdrücklich anerkannt. So im Codex iur. bav. iudic. und Kreittmayr's Annotationen a. a. O.; ferner in §. 24 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten. Das französische Recht legt zwar das Hauptgewicht der Definition des Wohnsitzes in das principal établissement (Code civil Art. 102) und scheint demnach einem doppelten Domizil nicht geneigt. Allein undenkbar ist es doch nicht, daß eine Person zwei principaux établissements und demgemäß einen doppelten Wohnsitz habe. (Vgl. Wernz, Commentar zur bayr. Civilprozeßordnung S. 49 Nr. 9; Schmitt, System des bayrischen Civilprozesses I S. 266).

Die Heimat im Sinne des bayr. Gesetzes über Heimat, Verehelichung, und Aufenthalt vom 16. April 1868 oder der Unterstützungswohnsitz im Sinne des Reichsgesetzes vom 6. Juni 1870 begründen keinen civilrechtlichen oder prozessualen Wohnsitz, können aber mit diesem zusammentreffen. —

3) Entscheidend für den allgemeinen Gerichtsstand einer Person ist derjenige Wohnsitz, den sie zur Zeit der Klageerhebung gehabt hat (§. 235 Ziff. 2 u. §. 456 cf. mit §§. 230, 460 u. 461).

Demnach ist ein Wechsel des Domizils nach der Klageerhebung auf die einmal begründete Zuständigkeit des angegangenen Gerichts ohne Einfluß.

---

§. 14.

Militärpersonen haben in Ansehung des Gerichtsstandes ihren Wohnsitz am Garnisonorte.

Diese Bestimmung findet auf diejenigen Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, keine Anwendung.

§. 15.

Als Wohnsitz der Militärpersonen, welche zu einem Truppentheile gehören, der im Deutschen Reiche keinen Garnisonort hat, gilt in Ansehung des Gerichtsstandes der letzte deutsche Garnisonort des Truppentheils.

Motive: „Die §§. 14—16 stellen den allgemeinen Gerichtsstand für diejenigen Fälle fest, in denen der den Gerichtsstand begründende Wohnsitz von dem Beklagten nicht frei gewählt, sondern durch Beruf oder Amt bestimmt ist.

„Der Ausdruck „Militärperson" in den §§. 14 und 15 findet seine Erläuterung in dem §. 38 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874. Den zweiten Absatz des §. 14 ergänzt der §. 21 Abs. 2. Die §§. 14 und 21 Abs. 2 entsprechen dem §. 39 Abs. 2 des Reichsmilitärgesetzes."

1) Militärpersonen sind nach §. 38 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874:

A. die Militärpersonen des Friedensstandes und zwar:

1) die Offiziere, Aerzte und Militärbeamten des Friedensstandes vom Tage ihrer Anstellung bis zum Zeitpunkte ihrer Entlassung aus dem Dienste;

2) die Kapitulanten vom Beginn bis zum Ablauf oder bis zur Aufhebung der abgeschlossenen Kapitulation;

3) die Freiwilligen und die ausgehobenen Rekruten von dem Tage, mit welchem ihre Verpflegung durch die Militärverwaltung beginnt, Einjährig-Freiwillige von dem Zeitpunkt ihrer definitiven Einstellung in einen Truppentheil an, sämmtlich bis zum Ablauf des Tages ihrer Entlassung aus dem activen Dienste.

B. 1) die aus dem Beurlaubtenstande (V. Abschnitt des Reichsmilitärges.) zum Dienst einberufenen Offiziere, Aerzte, Militärbeamten und Mannschaften von dem Tage, zu welchem sie einberufen sind bis zum Ablauf des Tages der Wiederentlassung.

2) alle in Kriegszeiten zum Heeresdienst aufgebotenen oder freiwillig eingetretenen Offiziere, Aerzte, Militärbeamten und Mannschaften, welche zu keiner der vorgenannten Kategorien gehören, von dem Tage, zu welchem sie einberufen sind, bezw. vom Zeitpunkte des freiwilligen Eintritts an bis zum Ablauf des Tages der Entlassung.

C. die Civilbeamten der Militärverwaltung vom Tage ihrer Anstellung bis zum Zeitpunkte ihrer Entlassung aus dem Dienste. (Vgl. Militärstrafgesetzbuch v. 20. Juni 1872 §. 4 und Anlage zu diesem Gesetz. RGBl. v. 1872 S. 204).

2) Diese Militärpersonen werden jedoch nach Abs. 2 des §. 14 nicht insgesammt von der Bestimmung in Abs. 1 betroffen. Nicht betroffen werden:

a) jene Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung ihrer Wehrpflicht dienen. Für diese trifft §. 21 Abs. 2 die entsprechende Bestimmung. Zu denjenigen, welche nicht nur zur Erfüllung ihrer Wehrpflicht dienen, gehören sowohl die Offiziere, Aerzte, Militärbeamten des stehenden Heeres und die Civilbeamten der Militärverwaltung, wie auch die Kapitulanten und die auf Beförderung dienenden Freiwilligen.

b) jene Militärpersonen, welche selbstständig einen Wohnsitz nicht begründen können.

In Beziehung auf diese Kategorie fragte in den Verhandlungen der Reichstagscommission Abg. Dr. Bähr an, ob man unter denselben an Minderjährige und ähnliche Personen zu denken habe. Diese Frage wurde Seitens des Directors im Reichskanzleramt von Amsberg bejaht.

Demnach findet Abs. 1 auch auf minderjährige Offiziere keine Anwendung.

3) Durch den Abs. 1 des §. 14 im Zusammenhalte mit §. 38 des Militärgesetzes kann der Fall eintreten, daß ein vorübergehend zum Dienst einberufener Angehöriger des Beurlaubtenstandes seinen prozeßrechtlichen

Wohnsitz am Orte der Dienstleistung erhält. Wenn nämlich ein Offizier des Beurlaubtenstandes nach vollendeter Wehrpflicht freiwillig im Heerverbande verbleibt, so hört er auf, nur zur Erfüllung der Wehrpflicht zu dienen. Es findet demnach §. 14 Abs. 1 auf ihn Anwendung, sobald er nach §. 38 des RMG. sub B. 1 zu den Militärpersonen zu zählen ist. Da er jedoch nur qua Militärperson als am Garnisonorte domizilirt erscheint und kein Grund vorliegt für die Annahme, daß er während der Dienstzeit sein bürgerliches Domizil verändert habe, so ergibt sich in diesen Fällen immer dann ein doppelter Wohnsitz, wann der bürgerliche Wohnsitz und der Garnisonort verschiedene Orte sind.

4) Nur in Ansehung des Gerichtsstandes bestimmt §. 14 Abs. 1 den Wohnsitz der Militärpersonen. Für die Beurtheilung anderer Rechtsfragen, auf die der Wohnsitz von Einfluß ist, bleibt es bei den Bestimmungen des Civilrechts. Solche Fragen sind insbesondere die nach der persönlichen Rechtsfähigkeit, Dispositionsfähigkeit, Familienstellung und ähnliche. Ueber den Einfluß des Wohnsitzrechtes auf die „Wechselfähigkeit" der Person und die Irrelevanz des prozessualen Wohnsitzes hiefür nach preußischem Rechte vgl. das interessante Erkenntniß des ROHG. Leipzig in den „Entscheidungen des ROHG." Bd. XI S. 177 Nr. 59.

Diese Beschränkung der Tragweite des §. 14 Abs. 1 ergibt sich schon aus dem Wortlaute: „in Ansehung des Gerichtsstandes", welcher Beisatz sonst nicht wohl zu erklären wäre. Ueberdieß ist aus den Kommissionsprotokollen die gleiche Auffassung zu entnehmen. Dort (S. 8) wird bemerkt:

„Der Abg. Reichensperger äußert bei der Debatte zu §. 14 Zweifel darüber, ob nicht aus der Bestimmung, daß Militärpersonen ihren Wohnsitz am Garnisonorte haben, gefolgert werden könne, daß auch für Beurtheilung von Statusfragen u. dergl. bei Militärpersonen der Garnisonort maßgebend sei; bisher habe man daran festgehalten, daß für solche Fragen die Heimath entscheide.

„Der Director im Reichskanzleramte von Amsberg erklärt hierauf, es sei nur die Absicht des Entwurfs, festzustellen, daß rücksichtlich des Gerichtsstandes der Garnisonort Wohnsitz sein solle, alle anderen Fragen sollen nicht berührt werden."

Gänzlich mißverstanden scheint der Sinn dieser Auslassungen bei Siebenhaar, Commentar der CPO. zu §. 14 S. 52, wo gesagt ist: „dagegen wird der Frage, ob in dem Garnisonorte auch Personenstandsklagen u. s. w. angestellt werden, nicht vorgegriffen." Dieser Frage wird allerdings vorgegriffen, indem der Garnisonort als der Ort des allgemeinen Gerichtsstandes bezeichnet wird. Vorgegriffen wird nur nicht der Frage, welches Recht auf eine Statusfrage anzuwenden sei, m. a. W. es wird nicht aus-

geschlossen, daß da, wo für eine solche das Recht des Wohnortes entscheidet, ein anderer Ort außer dem Garnisonort als der civilrechtliche Wohnort gelte.

5) Der nach Abs. 1 des §. 14 begründete Prozeßwohnsitz einer Person bleibt solange begründet, bis die Eigenschaft derselben als Militärperson aufhört. Welcher Wohnsitz ihr nachher zukommt, ist nach dem Civilrecht zu beurtheilen. Hatte Jemand civilrechtlich einen anderen Wohnsitz — z. B. im Falle der Nr. 3 —, so gilt dieser nunmehr auch in Ansehung des Gerichtsstandes; wenn nicht, so wird er sich nach dem Aufhören der Qualität als Militärperson über die Wahl seines Wohnsitzes zu entscheiden haben. Es läßt sich daher nicht allgemein der Satz aufstellen, daß erst mit der wirklichen Verlegung oder Wahl eines neuen Domizils der Wohnsitz dieses Paragraphen aufhöre (wie Uebel, Commentar der CPO. zu §. 14, 15 S. 15 Nr. 5 gethan hat). Man denke z. B. an den Fall der Entlassung eines Offiziers, der nach Nr. 3 den Wohnsitz des §. 14 Abs. 1 neben seinem civilrechtlichen Wohnsitz hat.

6) Zu §. 15 stellte der Abg. Struckmann in den Verhandlungen der Commission die Anfrage: „wie sich dieser Paragraph zu §. 39 Abs. 3 des Reichsmilitärgesetzes verhalte. Es sei in dem §. 10 des Entw. zum EG. der CPO. (= §. 13 des EG. der CPO.) §. 39 Abs. 3 unter den aufgehobenen reichsgesetzlichen Bestimmungen nicht aufgeführt, gelte also noch neben §. 15. Da nun gegenwärtig keine dauernden Garnisonen außerhalb des Reiches beständen, so finde §. 39 Abs. 3 wohl nur im Falle des Krieges Anwendung." Director von Amsberg tritt der Auffassung bei, daß §. 39 Abs. 3 des Reichsmilitärgesetzes habe intakt bleiben sollen.

§. 39 des Reichsmilitärgesetzes lautet:

> Die besondere Gerichtsbarkeit über Militärpersonen beschränkt sich auf Strafsachen und wird durch Reichsgesetz geregelt.
>
> Den allgemeinen Gerichtsstand haben die Militärpersonen bei dem Gerichte des Garnisonortes; diejenigen jedoch, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbstständig einen Wohnsitz nicht begründen können, nur bezüglich der Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche.
>
> Es bleiben diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft, nach welchen für Truppentheile, die nach der Mobilmachung ihre Garnison verlassen haben oder sich dauernd im Auslande aufhalten, die Ausübung der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit einem inländischen Gerichte oder den Auditeuren ein für alle Mal übertragen ist, oder für den einzelnen Fall im Verordnungswege übertragen werden kann.

Abs. 1 und 2 dieses §. 39 stimmen mit §. 14 Abs. 2 und §. 21 Abs. 2 der CPO. überein. Abs. 3 scheint mit §. 15 der CPO. im Wi-

derspruche zu stehen oder doch durch die in jenem Absatz 3 aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Bestimmungen in Widerspruch kommen zu können, wenn durch diese ein anderer Wohnsitz in Ansehung des Gerichtsstandes festgesetzt würde, als der letzte deutsche Garnisonort des Truppentheils. Allein bei näherer Betrachtung zeigt sich:

a) daß §. 39 Abs. 3 nicht blos in die Vorschriften der CPO. über den Gerichtsstand, sondern auch in jene über die sachliche Zuständigkeit eingreifen kann (s. o. S. 44 zu §. 7 des EG. zum GVG.),

b) daß §. 39 Abs. 3, auch soweit dadurch Vorschriften über den Gerichtsstand getroffen werden, die Bestimmung des §. 15 der CPO. nicht überflüssig macht, wo Landesgesetze im Sinne des §. 39 Abs. 3 nicht bestehen.

Daß man vom Standpunkte der Gesetzgebung das Nebeneinanderbestehen von Bestimmungen des Inhalts der §§. 15 der CPO. und 39 Abs. 3 des Reichsmilitärgesetzes nicht für unzulässig hielt, beweist, wie Lothar Seuffert, Commentar der CPO. zu §. 15 (S. 16) mit Grund bemerkt, die Vorgeschichte des §. 15. Schon der Entwurf einer CPO. für den nordd. Bund (§. 46 = §. 37 des sog. vervollständigten Entwurfs) enthält in Abs. 1 eine dem §. 15 der CPO. entsprechende Vorschrift und fügt unmittelbar an diese in einem Abs. 2 die Ausnahme:

> „Hält sich ein Truppentheil dauernd im Auslande auf, so kann durch Verordnung des Bundespräsidiums in Ansehung der Gerichtsbarkeit über die zu dem Truppentheile gehörenden Personen ein Ort des Inlandes als Garnisonort bestimmt, auch den Auditeuren des Truppentheils die Gerichtsbarkeit der Amtsgerichte übertragen werden."

Ganz gleich lautet §. 16 des im preuß. Justizministerium ausgearbeiteten Entwurfs einer deutschen CPO. vom Jahre 1871, nur daß dieser in Abs. 2 von kaiserlicher Verordnung spricht.

Dieselben Sätze wurden in §. 15 des Entwurfs einer deutschen CPO. vom Jahre 1872 aufgenommen.

Im Entwurfe vom Jahre 1874 fehlen dieselben offenbar nur mit Rücksicht auf den Umstand, daß das inzwischen erlassene Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 in seinem §. 39 Abs. 3 dieselben theils überflüssig gemacht, theils abgeändert hat durch Substituirung der Landesgesetzgebung für die kaiserliche Verordnung. Dieß erhellt insbesondere auch aus den Motiven zu §. 32 des Entwurfs eines Reichsmilitärgesetzes, der dem §. 39 des Reichsmilitärgesetzes vollkommen entspricht. Es heißt in jenen Motiven u. a.:

„Der Vorbehalt im dritten Absatz ist nothwendig, um dem allgemeinen Grundsatz an der Spitze des Paragraphen gegenüber landesgesetzliche

Vorschriften, wie den Abschnitt I und III des preußischen Gesetzes vom 8. Juni 1860 (Preuß. Ges.=Sammlung S. 240) und den Abschnitt IV und V der königlich sächsischen Verordnung vom 4. Dezember 1867 (Gesetz- und Verordnungsblatt S. 560), aufrecht zu erhalten, wonach für den Fall der Mobilmachung oder eines dauernden Aufenthaltes der Truppen im Auslande einem inländischen Gerichte oder den Auditeuren gewisse Funktionen der bürgerlichen Gerichtsbarkeit übertragen werden oder übertragen werden können. Die definitive, gleichmäßige Regelung dieses Gegenstandes für alle Theile des Deutschen Reichs gehört zum Gebiete der Civilprozeßgesetzgebung bezw. des Gesetzes über die Gerichtsorganisation; einen Anfang dazu enthält auch schon der §. 15 des Entwurfs der Deutschen Civilprozeßordnung [1]), indem er bestimmt, daß für dauernd im Auslande stationirte Truppen durch *kaiserliche Verordnung* ein Deutsches Gericht als Gericht des persönlichen Gerichtsstandes bezeichnet werden könne."

Diese sachlichen Gründe für die fortdauernde Geltung des §. 39 Abs. 3 des Reichsmilitärgesetzes werden endlich unterstützt durch einen formellen, in den Kommissionsprotokollen (s. o. zu Nr. 6 im Eingang) erwähnten Grund, der m. E. auch abgesehen von jenen durchschlagend wäre.

In §. 13 des EG. zur CPO. wird nämlich der Satz an die Spitze gestellt, daß die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze durch die CPO. nicht berührt werden. Nach diesem Satze folgen die einzelnen reichsgesetzlichen Prozeßvorschriften, welche das EG. zur CPO. aufgehoben wissen will. Da sich unter diesen der citirte §. 39 Abs. 3 nicht befindet, so muß auf ihn der an die Spitze gestellte Satz des §. 13 des EG. angewandt werden. (Vgl. zu §. 13 des EG. zur CPO. und die einschlägigen Motive.)

---

§. 16.

Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, sowie die im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaats behalten in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz, welchen sie in dem Heimathstaate hatten. In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes gilt die Hauptstadt des Heimathstaates als ihr Wohnsitz. Ist die Hauptstadt in mehrere Gerichtsbezirke getheilt, so wird der als Wohnsitz geltende Bezirk im Wege der Justizverwaltung durch allgemeine Anordnung bestimmt.

Auf Wahlkonsuln finden diese Bestimmungen keine Anwendung.

---

[1]) Es ist der Entwurf vom Jahre 1872 gemeint.

Motive: „Der §. 16, welcher, insoweit es sich um Reichsbeamte handelt, mit dem Reichsbeamtengesetze vom 31. März 1872 §. 21 im Wesentlichen übereinstimmt, unterscheidet zwischen Deutschen, welche das Recht der Exterritorialität genießen, und zwischen im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaats. Die exterritorialen Deutschen können ihren Wohnsitz außerhalb ihres Heimathsstaats in und außer dem Deutschen Reiche haben. In ersterer Beziehung wird auf Art. 10 der Reichsverfassung und auf die von den Deutschen Bundesstaaten bei einander beglaubigten Missionen verwiesen. Beispiele der im Auslande stationirten Beamten sind die Zollvereinsbevollmächtigten im Großherzogthum Luxemburg (Zollvereinsvertrag vom 8. Juli 1867 Art. 20). Auf Wahlkonsuln — cf. §§. 9 und 6 des Reichs-Konsulatsgesetzes vom 8. November 1867 — findet der §. 16 keine Anwendung.

„Die im §. 16 bezeichneten Personen sollen in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz behalten, welchen sie in dem Heimathsstaate hatten. Nicht prinzipaliter — wie nach den Prozeßordnungen für Bayern Art. 13 Abs. 1, Oldenburg Art. 13, Hannover §. 6, Baden §. 19 —, sondern nur eventuell tritt an die Stelle des letzten Wohnsitzes die Landeshauptstadt. Ist die letztere in mehrere Gerichtsbezirke getheilt, so ist, wie in der Prozeß-Ordnung für Bayern Art. 13 Abs. 2, festgesetzt, daß der als Wohnsitz geltende Bezirk von der Justizverwaltung durch allgemeine Anordnung bestimmt wird. In dem Reichsbeamtengesetze §. 21 ist auch der Fall vorgesehen, daß für den Beamten im Deutschen Reiche kein Heimathsstaat besteht: für diesen Fall ist der allgemeine Gerichtsstand vor dem Stadtgerichte zu Berlin begründet."

1) Zu diesem Paragraphen ist aus den Kommissionsprotokollen zu entnehmen ein Antrag des Abg. Gaupp: in §. 16 statt der Worte „in dem Heimathstaat" zu setzen: „welchen sie vor dem Antritt ihrer Mission hatten". Hiezu führte der Antragsteller Folgendes aus:

„Die vorgeschlagene Aenderung entspreche der in den Motiven niedergelegten Auffassung. Die Ausdrucksweise des Entwurfs passe nicht für jene Fälle, in welchen ein Deutscher, bevor er zum diplomatischen Dienste im Auslande verwendet wurde, seinen Wohnsitz in einem Bundesstaate hatte, welcher nicht sein Heimathstaat sei (z. B. wenn ein Bayer in Berlin domizilirte, bevor er in Paris angestellt wird). In diesem Falle würde sofort sdas fingirte Domizil in der Hauptstadt des Heimathstaates maßgebend ein, während er innerhalb des Reichs ein wirkliches Domizil habe."

Direktor von Amsberg entgegnete hierauf: „Die Fassung des §. 16 sei dem §. 21 des Reichsbeamtengesetzes nachgebildet und mit dem auswär-

tigen Amte festgestellt worden. Die vom Abg. Gaupp vorgeschlagene Aenderung würde das eigenthümliche, vom Antragsteller schwerlich beabsichtigte Resultat herbeiführen, daß z. B. der allgemeine Gerichtsstand eines in Paris im diplomatischen Dienste verwendeten Deutschen, der vorher in London wohnte, nach London verlegt würde."

Der Antrag Gaupp wurde sodann abgelehnt. (Vgl. Kom.-Protokolle S. 768 resp. 506.)

Sonach ist es die Absicht der Gesetzgeber gewesen, in dem von dem Abg. Gaupp als Beispiel angeführten Falle des vor seiner Verwendung im diplomatischen Dienste des Reichs in Berlin wohnenden Bayern nach seiner Anstellung bei der Botschaft in Paris dessen Prozeßdomizil nach München zu verlegen. Es ist demnach eine nicht ganz genaue Ausdrucksweise der oben mitgetheiltn Motive, wenn gesagt wird: „Nicht prinzipaliter, — sondern nur eventuell tritt an die Stelle des letzten Wohnsitzes die Landeshauptstadt." Nicht der letzte Wohnsitz schlechthin, sondern nur der letzte im Heimathstaate belegene Wohnsitz entscheidet.

2) Neben §. 16 gilt §. 21 des Reichsbeamtengesetzes fort. Dort ist für den Gerichtsstand der im Auslande angestellten Reichsbeamten außer dem, was §. 16 enthält, noch bestimmt, daß sie in Ermangelung eines Heimathstaates vor dem Stadtgerichte in Berlin ihren allgemeinen Gerichtsstand haben sollen. Da mit der Einführung des Gesetzes über die Gerichtsverfassung, die mit der Civilprozeßordnung zusammenfällt, ein Stadtgericht zu Berlin zu sein aufhören muß, so wird entweder diese Bestimmung des §. 21 cit. gegenstandslos oder eine reichsgesetzliche Anordnung nothwendig werden, durch welche die Zuständigkeit des Berliner Stadtgerichts im Falle des §. 21 cit. einem dem Gerichtsverfassungsgesetze entsprechenden Gerichte übertragen wird. — Uebrigens sind die Worte des §. 21 cit.: „in Ermanglung eines Heimathstaates" wohl nur von dem Deutschen Heimathsstaate zu verstehen, man müßte denn annehmen, es sei von einer als Reichsbeamten dienenden Person nicht zu ermitteln, welchem Staatswesen sie angehöre. (Vgl. die Schlußworte der zu diesem §. abgedruckten Motive.) In Ansehung von Nichtdeutschen, welche im diplomatischen Dienste Deutscher Staaten das Recht der Exterritorialität genießen, enthält der §. für den freilich kaum praktischen Fall, daß ein Bevollmächtigter zum Bundesrath kein Deutscher wäre, eine besondere Bestimmung nicht, so daß es für diesen Fall bei den allgemeinen Regeln über den Gerichtsstand sein Bewenden hätte.

Unter Ausland ist nämlich nicht zum Deutschen Reich gehöriges Gebiet zu verstehen. (Vgl. Art. 1 der Reichsverfassung und Arg. e contrario aus Art. 3 eod.) Wenn nun ein Nichtdeutscher im diplomatischen Dienste eines

Deutschen Staates im Auslande angestellt wäre, so würde durch die Worte des §.: „die im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaats" der Gerichtsstand dieses Nichtdeutschen bei dem Gerichte des Ortes begründet sein, an welchem er in seiner Heimath domizilirt war.

Wäre dieser Nichtdeutsche jedoch Bevollmächtigter eines Deutschen Staates zum Bundesrathe, so würde sein Verhältniß durch den §. 16 nicht gedeckt werden. Er wäre weder ein Deutscher mit dem Recht der Exterritorialität, noch ein im Auslande angestellter Beamter des Reichs oder eines Bundesstaats.

Möglich erscheint aber die Anstellung eines Nichtdeutschen im Deutschen Staatsdienste mit Rücksicht auf Art. 9 Abs. 1 des Gesetzes vom 1. Juni 1870 über den Erwerb und Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit.

3) „Heimath" bedeutet im reichsgesetzlichen Sinne den Staat, in welchem Jemand die Staatsangehörigkeit besitzt; vgl. Gesetz vom 1. Juni 1870, betr. den Erwerb und Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit, §. 13 Ziff. 1 §. 14 und §. 15 Abs. 1; ferner die Motive zu dem Gesetze vom 13. Mai 1870 über die Aufhebung der Doppelbesteuerung (Reichstagsverhandlungen vom Jahre 1876 S. 411. Hiezu Blätter für administr. Praxis in Bayern herausgegeben von Luthardt Bd. 24 S. 93).

4) Der Inhalt des Rechtes der Exterritorialität und die Definition dieses Rechtes sind aus dem Völkerrechte zu schöpfen. Vgl. die Lehrbücher des Völkerrechts von Bluntschli S. 116 ff. und Heffter (6. Auflage) S. 89 ff.

5) Die Dauer des Gerichtsstandes nach §. 16 ist bestimmt durch die Dauer der Verhältnisse, von welchen die Begründung dieses Gerichtsstandes abhängig ist, d. h. es währt dieser Gerichtsstand nicht länger als die Eigenschaft der Exterritorialität bezw. der Reichsbeamtenqualität im Auslande. Mit dem Aufhören dieser Verhältnisse gelten für den Gerichtsstand der betreffenden Person sofort die allgemeinen Regeln.

6) Ungenau ist die Ausdrucksweise der oben bei §. 14 abgedruckten Motive im Eingang. Denn es ist nicht richtig, daß die §§. 14—16 den allgemeinen Gerichtsstand für diejenigen Fälle feststellen, in denen der Wohnsitz nicht frei gewählt, sondern durch Beruf oder Amt bestimmt ist. Richtig ist vielmehr nur, daß diese §§. den Gerichtsstand für einige solcher Fälle feststellen. Sie schweigen z. B. gänzlich von dem allgemeinen Gerichtsstand des im Inland angestellten inländischen Beamten ohne Exterritorialitätsrechte.

---

§. 17.

Die Ehefrau theilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemannes, sofern nicht auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt ist.

Eheliche und diesen gleichgestellte Kinder theilen in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den Wohnsitz der Mutter. Sie behalten diesen Wohnsitz, bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgeben.

Motive: „Der §. 17 behandelt den accessorischen Gerichtsstand abhängiger Personen. Durch die Stellung des §. 18 hinter den §. 17 wird zum Ausdruck gebracht, daß der abgeleitete Gerichtsstand nicht anders als durch den Wohnsitz des Ehemannes, des Vaters, der Mutter bestimmt wird und in Ermangelung eines Wohnsitzes derselben ein accessorischer Gerichtsstand nicht begründet werden kann. Die Vorschriften der §§. 14—16 gelten aber auch gegenüber dem abgeleiteten Gerichtsstande. Um dieserhalb mögliche Zweifel auszuschließen, sind die betreffenden Bestimmungen dem §. 17 vorangestellt.

„Einen abgeleiteten Gerichtsstand hat:

1) die Ehefrau. Sie theilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemannes, auch wenn sie nach dem bürgerlichen Recht während der Dauer der Ehe einen selbstständigen Wohnsitz zu begründen vermag. So lange der Wohnsitz des Ehemannes besteht, ist für die Bestimmung ihres allgemeinen Gerichtsstandes nicht ihr Wohnsitz, sondern der Wohnsitz des Ehemannes ausschließlich maßgebend.

„Wird die Ehe durch den Tod des Ehemannes oder durch Scheidung quoad vinculum getrennt, so fällt der abgeleitete Gerichtsstand fort. Der Scheidung quoad vinculum ist die immerwährende Trennung von Tisch und Bett durch §. 17 gleichgestellt. Wenn und so lange der Ehemann kein Domizil hat, wird die Ehefrau in Beziehung auf ihren Gerichtsstand als selbstständige Person angesehen und begründet ihren Gerichtsstand selbstthätig nach Maßgabe der in dem Entwurfe für die Konstituirung eines allgemeinen Gerichtsstandes §§. 13, 18 aufgestellten Vorschriften. Erlangt in stehender Ehe der Ehemann von Neuem ein Domizil, so tritt die Ehefrau wieder in den abgeleiteten Gerichtsstand zurück. Der norddeutsche Entwurf §. 50 Abs. 2 schreibt ferner vor, daß der „abgeleitete Gerichtsstand der Ehefrau aufhöre, wenn die Ehefrau von dem Ehemanne verlassen ist und dieser keinen Wohnsitz hat"; desgl. Württemberg Art. 33 Nr. 1, preuß. Entw. §. 7 Abs. 2, 3. Solche Ausnahmebestimmungen sind aber unter Berück-

sichtigung der Vorschriften des Entwurfs über die besonderen Gerichtsstände durch ein dringendes praktisches Bedürfniß nicht geboten und um so weniger rathsam, als die thatsächliche Voraussetzung der Befugniß der Ehefrau zur eigenen Begründung eines getrennten Wohnsitzes eine sehr schwierige Feststellung erfordert, welche zu einer verschiedenartigen und bedenklichen Praxis führen würde. Ist schon der Begriff der Verlassung der Ehefrau ein thatsächlich ungeeignetes Kriterium, so verstößt die zweite, vom nordd. Entw. erforderte Bedingung, „daß der Ehemann keinen Wohnsitz im Inlande habe", gegen das zu §. 13 erörterte allgemeine Prinzip.

„2) Den durch Wohnsitz begründeten allgemeinen Gerichtsstand des Vaters theilen die ehelichen und die diesen gleichgestellten Kinder. Desgleichen theilen in Ansehung des Gerichtsstandes die unehelichen Kinder den Wohnsitz der Mutter. Nach §. 17 Abs. 2 behalten die Kinder diesen Wohnsitz, bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgeben. Dies kann geschehen nach erlangter Verfügungsfähigkeit oder schon früher unter Hinzutritt der vormundschaftlichen oder auch väterlichen Genehmigung. Das bloße Aufhören des väterlichen oder mütterlichen Wohnsitzes alterirt den Gerichtsstand der Kinder nicht.

„Von der Aufstellung eines allgemeinen Gerichtsstandes der unter Vormundschaft und Kuratel stehenden Personen bei dem Gerichte, in dessen Bezirke die Vormundschaftsbehörde ihren Sitz hat (nordd. Entw. §. 52, preuß. Entw. §. 10), ist Abstand genommen. Ein praktisches Bedürfniß zur Konstituirung dieses den Prozeßgesetzgebungen fast durchweg unbekannten Gerichtsstandes besteht nicht; auch ist es mit Rücksicht auf das Vormundschaftsrecht nicht ohne Bedenken, den Schwerpunkt der Repräsentation des Bevormundeten in die Verwaltungsbefugnisse der Vormundschaftsbehörde zu legen."

1) Die „Ehefrau" theilt den Wohnsitz des Ehemannes in Ansehung des Gerichtsstandes. Unter Ehefrau ist die in giltiger Ehe lebende Frau zu verstehen. Findet der Richter daher, daß die Ehe derselben nichtig ist, so hat derselbe die Bestimmung des Abs. 1 nicht anzuwenden, selbst wenn die Ehe faktisch besteht. Denn eine nichtige Ehe ist vor den Augen des Gesetzes keine Ehe. Anders würde es im Falle der Anfechtbarkeit einer Ehe sich verhalten. Aus dem Begriffe der Anfechtbarkeit folgt, daß bis zur durchgeführten Anfechtung das angefochtene Rechtsverhältniß besteht. Hier wäre nur dem Gerichte die Befugniß ertheilt, auf Grund des §. 139 die Verhandlung bis zur Entscheidung über die Anfechtung der Ehe auszusetzen.

Daß der Gesetzgeber nur die rechtsgiltig bestehende Ehe im Auge hatte, wenn er von Ehefrau und Ehemann spricht, ergibt sich auch

aus dem Umstande, daß Abs. 1 dieses Paragraphen von seinem Prinzip nur die Ausnahme zuläßt: „sofern nicht auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt ist.“ Von der Scheidung des Ehebandes schweigt das Gesetz, weil eine dem Bande nach geschiedene Ehe ohnehin eine Ehe im gesetzlichen Sinne nicht ist. Ebensowenig aber ist es eine nichtige, sollte auch die Nichtigkeit noch nicht durch rechtskräftiges Urtheil ausgesprochen sein. Unrichtig ist darum m. E. die Meinung Siebenhaar's (Commentar der CPO. zu §. 17 S. 54), daß es gleichgiltig sei, ob die Ehe giltig oder ungiltig wäre. Eine Scheidung von Tisch und Bett auf Lebenszeit ist innerhalb des Deutschen Reiches in Zukunft zufolge des §. 77 des Reichsgesetzes über die Beurkundung des Personenstandes zwar nicht mehr zulässig, allein die Berücksichtigung dieser Scheidungsart war doch erforderlich wegen der vor Geltung des genannten Gesetzes so geschiedenen Ehen und wegen der Möglichkeit solcher Scheidung in außerdeutschen Rechtsgebieten.

2) Abgesehen von dem einen Fall der lebenslänglichen Trennung von Tisch und Bett gilt die Regel des Abs. 1 ausnahmslos. Sie erstreckt sich daher nicht nur auf das domicilium voluntarium des Ehemannes, sondern ebenso auf dessen domicilium necessarium. Soweit dieses in den §§. 14—16 der CPO. selbst festgestellt wird, ist diese Tragweite des Abs. 1 in den Motiven hiezu ausdrücklich bekundet. Denn nichts Anderes soll wohl der Satz in den Motiven bedeuten (s. o.), daß die Vorschriften der §§. 14—16 auch gegenüber dem abgeleiteten Gerichtsstand gelten. Daraus folgt also, daß in Ansehung des Gerichtsstandes der Wohnsitz der Ehefrauen der in den §. 14—16 genannten Personen der dort bezeichnete ist. Hiedurch sind die Zweifel, welche sich über die analoge Frage in der bayer. CPO. erhoben (s. Wernz, Commentar zu Art. 14 der Bayer. CPO. S. 51 und dagegen Schmitt, der bayer. Civilprozeß I S. 274), ausgeschlossen.

Hier wird die Frage sehr praktisch, ob der Sträfling sein nothwendiges Domizil am Strafvollzugsorte habe. Wenn man wie oben (zu §. 13 Nr. 2 b) die Frage verneint, so entstehen keinerlei Schwierigkeiten. Würde man sie bejahen, so käme man z. B. zu der Consequenz, daß eine Ehefrau, deren Mann zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe verurtheilt ist und dieselbe in Nürnberg verbüßen muß, wegen aller Ansprüche in Nürnberg zu verklagen wäre, obwohl der Ehemann bis zu seiner Verurtheilung in München gewohnt hat und die Ehefrau ihren Aufenthalt dort beibehält, eine Consequenz, die gewiß im Interesse leichter und rascher Rechtspflege nicht erwünscht sein kann.

3) Die Dauer des abgeleiteten Wohnsitzes der Ehefrau bestimmt sich:

a) durch die Dauer des eheherrlichen Wohnsitzes, d. h. in dem Moment, wo der Ehemann aufhört einen Wohnsitz zu haben, hört auch der

abgeleitete Wohnsitz der Ehefrau auf. Der Wohnsitz der Frau ist dann nach den allgemeinen Kriterien zu bestimmen. Sobald der Ehemann wieder einen Wohnsitz erlangt, erstreckt sich derselbe wiederum in Ansehung des Gerichtsstandes auch auf die Ehefrau.

b) Durch die Dauer der Ehe. Mit dem Augenblicke der Auflösung durch den Tod des Ehemannes oder der Scheidung hört das accessorische Domizil der Ehefrau auf. (Anders nach Art. 14 Abs. 1 der bayer. CPO. und nach Gemeinem Rechte, wo sie den accessorischen Wohnsitz bis zur Begründung eines neuen behält. Vergl. Wetzell, System des Civilprozesses 3. Aufl. S. 491 f.) Sie hat dann entweder den selbstgewählten oder gar keinen Wohnsitz. Wichtig wird diese Consequenz insbesondere in den nicht seltenen Fällen, wo Eheleute faktisch getrennt gelebt haben und die Ehe nun z. B. durch den Tod des Mannes aufgelöst wird. Hier sind drei Combinationen möglich:

α) Wo das Civilrecht der Frau die selbstständige Begründung eines Domizils ermöglicht, da wird der Ort als Wohnsitz der Ehefrau zu erachten sein, den sie vor Auflösung der Ehe gewählt hatte. Vgl. Code civil Art. 268, wonach die Frau während der Ehescheidungsklage einen anderen Aufenthalt haben kann als der Mann (hiezu Art. 102 eod.).

β) Wo dieß nicht der Fall ist oder wo die Ehefrau während der faktischen Trennung am Wohnort des Mannes verblieben war, da wird nach Auflösung der Ehe zu untersuchen sein, bezüglich welches Ortes die Kriterien des Wohnsitzes für die Frau zutreffen.

γ) Ist im Falle sub β ein Wohnsitz der Frau nicht festzustellen, so ist für ihren allgemeinen Gerichtsstand ihr inländischer Aufenthalt entscheidend (§. 18) oder in Ermangelung dessen ihr letzter Wohnsitz, d. i. der Wohnsitz des verstorbenenen Ehemannes.

4) Auch für Kinder gilt ein accessorisches Prozeßdomizil. Der Begriff „Kinder" ist hier in rein natürlichem Sinne zu verstehen, bedeutet also nicht etwa Descendenten überhaupt, wie schon aus den Worten „des Vaters, „der Mutter" sich ergibt.

Unterschieden werden eheliche und außereheliche Kinder. Zu den ehelichen werden auch die den ehelichen rechtlich gleichgestellten Kindern gezählt. Welche Kinder ehelich oder diesen gleichgestellt seien, bestimmt sich nach den Civilrechten.

Nach Gemeinem Rechte stehen den ehelichen Kindern gleich die Kinder aus einer Putativehe, die legitimirten Kinder und die vollkommen Adoptirten. Eben dieselben nach bayr. Landr. Theil I Cap. 6 §. 44 und Theil I

Cap. 5, §. 8 Nr. 2, §. 9 Nr. 3; Preuß. Landr. Th. II Tit. 2 §§. 1—6, 19, 22, 592, 597 (Brautkinder), 601 — 605, 666 ff.; über Würtemb. Landr. s. Reyscher a. a. O. §§. 610—612; Sächs. Civilgesetzbuch §§. 1578, 1771, 1781, 1782, 1783, 1787, 1798, 1808, 1809; Code civ. Art. 312 ff.; cf. Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts 4. Aufl. §. 543—548. Die Adoption des französischen Rechtes bewirkt nicht die Stellung eines ehelichen Kindes. (Vgl. Zachariä a. a. O. §. 560). Dagegen kennt das franz. Recht wenigstens nach einer milderen Meinung der Doktrin und Praxis die Anerkennung natürlicher Kinder als Grund der Gleichstellung mit ehelichen. (Vgl. Zachariä a. a. O. §. 568[a] u. 571; Nordd. Prot. S. 36.)

5) Im Gegensatze zu den Bestimmungen des Abs. 1 über das accessorische Domizil der Ehefrauen enthält Abs. 2 eine Norm bezüglich der Dauer des accessorischen Domizils der Kinder. Es dauert danach so lange, bis sie dasselbe in rechtsgültiger Weise aufgeben.

Wann man sagen könne, daß eheliche Kinder ihr accessorisches Domizil rechtsgültig aufgeben, bestimmt sich wieder nach dem einschlägigen Civilrechte. Das Aufgeben des Domizils stellt sich als rechtlicher Willensakt dar, kann demnach rechtsgültig von Kindern nur vorgenommen werden, wenn ihnen selbstständige Handlungsfähigkeit zukommt. Solche fehlt nach Gemeinem Rechte minderjährigen Hauskindern. (Vgl. v. Roth, bayr. Civilrecht I §. 24 S. 172; Erkenntniß des obersten Gerichtshofes für Bayern in der Sammlung von Entscheidungen in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses Bd. IV S. 467.) Mit Genehmigung des Vaters sind solche Hauskinder in der Lage, rechtsgültig das väterliche Domizil aufzugeben; ebenso wenn sie veniam aetatis erlangt haben oder durch Verheirathung derselben die Minderjährigkeit aufhört (vgl. v. Roth a. a. O. §. 50 S. 292). Großjährige Hauskinder haben jederzeit das Recht, die väterliche Gewalt einseitig durch separate Oekonomie zu lösen und demgemäß auch, sich ein selbstständiges Domizil zu begründen (vgl. v. Roth a. a. O. §. 82 S. 458). Die Großjährigkeit tritt nach heutigem Gemeinen Rechte überall mit Vollendung des 21. Lebensjahres ein (s. Reichsgesetz vom 17. Februar 1875; Reichsgesetzblatt 1875 S. 71).

Das Preußische Landrecht bestimmt abweichend vom Gemeinen Recht: die Verehelichung eines minderjährigen Kindes bewirkt nicht das Ende der Minderjährigkeit. (Thl. II Tit. 18 §. 736.)

Auflösung der väterlichen Gewalt durch gesonderten Hausstand ist Seitens eines noch nicht Zwanzigjährigen auch mit väterlicher Einwilligung unzulässig (Th. II Tit. 2 §. 214). Verheirathung gilt als Anlage eines gesonderten Hausstandes nur für Töchter (Theil II Tit. 2 §. 227).

Im Uebrigen stimmt das Preuß. Landrecht mit dem Gemeinen Rechte

überein (Th. II Tit. 18 §. 713 ff.; dazu v. Roth a. a. O. I §. 24 S. 173 Anm. 10; Th. II Tit. 2 §. 215).

Ebenso das bayr. Landrecht Theil I Cap. 7 §. 36 Nr. 7 mit der einen Ausnahme, daß hiernach zur Anlage des gesonderten Hausstandes die väterliche Einwilligung bis zum 25. Lebensjahre erfordert wird (Th. I Cap. 5 §. 7 Nr. 4; dazu v. Roth a. a. O. §. 82 S. 458 Anm. 6).

Ueber das sächsische Recht, welches im Wesentlichen sich dem Gemeinen Rechte anschließt vgl. Sächs. bürgerl. Gesetzbuch §. 1821, §§. 1830—1834. Ueber das französische Recht s. Zachariä, Handbuch (4. Aufl.) §. 549 u. 553. Danach erlischt die väterliche Gewalt mit der Volljährigkeit des Kindes und mit dessen Emancipation (Code civil Art. 372, 377, 488; s. Zachariä a. a. O. §. 119 und Code civil Art. 476—481). Von Rechtswegen emancipirt wird der Minderjährige durch Verheirathung, außerdem durch Erklärung des Emancipanten zu gerichtlichem Protokoll. Eine venia aetatis ist dem französ. Rechte unbekannt.

Das Würtemb. Recht stimmt im Wesentlichen mit dem Gemeinen Rechte überein (vgl. Reyscher, Würtemb. Privatr. III §. 608).

Wo nach dem einschlägigen Civilrecht die väterliche Gewalt zur Strafe verwirkt wird und demzufolge eine Vormundschaft über minderjährige Kinder einzutreten hat, da kann und muß unter Umständen eine rechtsgültige Aufgabe des accessorischen Domizils der Kinder stattfinden (vgl. z. B. Code civil Art. 108).

Durch die Bestimmung des Abs. 2, daß uneheliche Kinder in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz der Mutter theilen, treten diejenigen civilrechtlichen Normen, wonach der Wohnsitz des Vormundes den Wohnsitz der Mündel bestimmt bez. des Prozeßdomizils unehelicher Kinder außer Wirksamkeit (Code civil Art. 108). Dagegen ist hiedurch nicht gesagt, daß die Verlegung des Domizils eines Unehelichen durch die Vormundschaft nicht rechtswirksam geschehen könne.

Der Tod des Vaters bezw. der unehelichen Mutter hebt den accessorischen Wohnsitz der Kinder nicht auf. Dieß folgt schon aus den Worten „bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgeben". Ueberdieß wird dieß in den Berathungen der Reichstagskommission (Komm.-Prot. S. 768 resp. 506) ausdrücklich anerkannt.

6) Findelkinder, d. s. solche, deren Eltern unbekannt sind, können selbstverständlich das accessorische Domizil des Abs. 2 nicht haben. Da sie im Alter der Minderjährigkeit unter Vormundschaft zu stehen haben, so bestimmt diese ihren Wohnsitz. Wo ein solcher Einfluß der Vormundschaft auf die Bestimmung des Wohnsitzes im einzelnen Falle noch nicht geltend gemacht werden konnte, etwa weil es nicht zu Kenntniß der Obervormundschaft ge-

langt ist, daß ein Kind, welches sich in Pflege einer Familie befindet, Findelkind sei, da ist es als wohnsitzlos zu erachten und sein Gerichtsstand nach §. 18 zu bestimmen. Das Gleiche gilt, wenn Vater bezw. Mutter selbst einen Wohnsitz bei der Geburt des Kindes nicht haben. Wird ein Findelkind in gesetzlicher Form als Pflegekind im Sinne des Art. 361 des Code civil aufgenommen, so erlangt es den Wohnsitz des Pflegers, arg. Art. 364, 365 u. 108 des Code civil; vgl. Uebel, Commentar zu §. 17 S. 19 Nr. 7. Nach der bayr. Gerichtsordnung Cap. 1 §. 3 haben Findelkinder ihr Domizil am Fund- oder Erziehungsort.

---

§. 18.

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person, welche keinen Wohnsitz hat, wird durch den Aufenthaltsort im Deutschen Reich und, wenn ein solcher nicht bekannt ist, durch den letzten Wohnsitz bestimmt.

vgl §21!

Motive: „Des §. 18 geschah bereits bei der Begründung des §. 13 Erwähnung. Der deutsche Aufenthaltsort des Beklagten begründet erst in Ermangelung eines in- oder ausländischen Wohnsitzes den allgemeinen Gerichtsstand. Zur Erleichterung der Rechtshülfe erscheint es angemessen, nicht allein den dauernden Aufenthalt (résidence), sondern den Aufenthalt überhaupt ins Auge zu fassen, und zwar um so mehr, als eine Grenze zwischen längerem und kürzerem Aufenthalte nicht wohl gezogen werden kann. Zur Begründung des in Rede stehenden allgemeinen Gerichtsstandes genügt, daß der Beklagte sich in dem Bezirke des Gerichts, bei welchem die Klage erhoben werden soll, so lange aufhält, daß ihm daselbst die Klage zugestellt werden kann.

„Ist aber ein deutscher Aufenthaltsort des Beklagten nicht bekannt, so kann sich der Kläger an das Gericht des letzten Wohnsitzes des Beklagten wenden. Hierbei wird aber wiederum — wie oben bemerkt — zwischen In- und Ausland nicht unterschieden."

1) Der Inhalt dieses Paragraphen ist an sich völlig klar. Es bedarf erst der Thätigkeit von außen, um Zweifel zu erregen. So könnte man meinen, der Allgemeine Gerichtsstand des Aufenthalts sei nur für vermögensrechtliche Ansprüche begründet, wenn Siebenhaar, Commentar zur deutschen CPO. zu §. 18 S. 56 bemerkt:

„Ist der Gerichtsstand des Aufenthalts begründet, so kann wegen aller vermögensrechtlicher Ansprüche daselbst geklagt werden, ohne Unterschied, ob sie im Inlande oder Auslande entstanden sind."

während es doch gerade der Begriff des allgemeinen Gerichtsstandes mit sich bringt, daß er für alle Klagen besteht, abgesehen von ausschließlichen Gerichtsständen in einzelnen Fällen (s. §. 12). Es unterliegt darum auch gewiß keinem Bedenken, daß Statusklagen ebenfalls bei dem Gerichte des Aufenthaltsortes angebracht werden können[1]).

2) Die Motive zu §. 14 des Entwurfs vom Jahre 1871, der dem §. 18 des Gesetzes entspricht, enthalten den Satz (S. 254):

„Wenn eine Person ohne Wohnsitz einen bekannten Aufenthalt in Deutschland nicht hat, so wird nach §. 14 ihr allgemeiner Gerichtsstand durch ihren letzten Wohnsitz bestimmt. Dieser Gerichtsstand findet auf die Fälle des abgeleiteten Wohnsitzes der Ehefrauen und Kinder entsprechende Anwendung."

Mit Berufung hierauf wendet Uebel a. a. O. zu §. 18 S. 20 Nr. 5 diese Bemerkung auf den §. 18 an. Dieß erscheint jedoch in Anbetracht der Stellung des §. 18 nach §. 17 und der hierauf gegründeten Ausführungen der oben zu §. 17 mitgetheilten Motive unzuläßig.

Es läßt sich m. a. W. nicht sagen, daß der Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes eines z. B. Wohnsitzlosen schlechthin von dessen Frau und Kindern getheilt werde. Nur so viel ist richtig, daß der letzte Wohnsitz für die Kinder den Gerichtsstand begründet, wenn sie ihn inzwischen nicht rechtsgültig aufgegeben haben (§. 17 Abs. 2). Dagegen hat die Ehefrau in dem Moment, wo der Ehemann aufhört einen Wohnsitz zu haben, die Möglichkeit, ihrerseits einen solchen zu begründen. (Vgl. Erläuterungen zu §. 17 S. 91 oben.)

---

§. 19.

Der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden, der Korporationen sowie derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen Personenvereine und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche verklagt werden können, wird durch den Sitz derselben bestimmt. Als Sitz gilt, wenn nicht ein Anderes erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird.

Gewerkschaften haben den allgemeinen Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Bezirke das Bergwerk liegt, Behörden, wenn

---

[1]) Die bayr. Gerichtsordnung von 1753 Cap. I §. 3 kennt ein forum des Aufenthaltes für „Landfahrer, Vagabunden", welches Kreittmayr in seinen Annotationen sub d das forum Socraticum nennt, „weil Sokrates seiner großen Philosophie und Armuth wegen überall zu Hause war".

sie als solche verklagt werden können, bei dem Gerichte ihres Amtssitzes.

Neben dem durch die Vorschriften dieses Paragraphen bestimmten Gerichtsstande ist ein durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelter Gerichtsstand zulässig.

Motive: „Die Grundsätze des §. 19 über den allgemeinen Gerichtsstand der juristischen Personen und anderer nicht als einzelne physische Personen in Betracht kommenden Parteien, welche nach dem bürgerlichen Rechte vor Gericht belangt werden können, entsprechen im Wesentlichen den bestehenden Rechten und stehen insbesondere in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des Deutschen Handelsgesetzbuchs und des Reichsgesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 4. Juli 1868 über den ordentlichen Gerichtsstand der Gesellschaften und Genossenschaften. Die Vorschrift über den Gerichtsstand der Gewerkschaften ist aus §. 96 des preußischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 übernommen. Die Bestimmungen des §. 19 haben übrigens nur eine subsidiäre Bedeutung, indem der für die Gesellschaft ꝛc. im Allgemeinen durch Statut oder in anderer Weise, z. B. durch Normativbedingungen ꝛc., speziell bestimmte Gerichtsstand demjenigen aus §. 19 vorgeht.“ (Vgl. jedoch die Erläuterung zu diesem §.)

1) In Abs. 1 dieses Paragraphen wird, abgesehen vom Fiskus, zunächst der Gerichtsstand der sogen. juristischen Personen bestimmt. Zu diesen gehören nämlich gemeinrechtlich und nach allen Partikularrechten Gemeinden und Korporationen. Die Definition der Gemeinde ist dem Staatsrechte zu entnehmen. Vgl. z. B. v. Pözl, bayr. Verfassungsrecht 4. Aufl. §. 98. Nach Verschiedenheit der Verfassungsgesetze ist der Begriff der Gemeinde bald beschränkt auf den Verband der an einem Ort seßhaften Einwohner, bald ausgedehnt auf die zu einer höheren Einheit verbundene Mehrheit solcher örtlicher Verbände. So kennt das bayr. Verfassungsrecht außer der Stadt- und Landgemeinde auch die Distrikts- und Kreisgemeinde. Vgl. das bayr. Gesetz, die Distriktsräthe betr., v. 28. Mai 1852, und das bayr. Gesetz, die Landräthe betr., vom gleichen Tage. Hiezu v. Pözl a. a. O. §. 130—145. Korporation ist im Sinne der älteren Doctrin die Bezeichnung der juristischen Person überhaupt. Daher gehören zu den Korporationen z. B. nach Preuß. Landrecht: Gemeinden, Kreise, Provinzen. Vgl. Pr. Ldr. Theil II Tit. 7 §§. 18—86 und Tit. 8 §. 86—178. v. Rönne, Staatsrecht der Preuß. Monarchie Bd. II Abth. 1 §. 235 S. 17. II. §. 238 Note 4. §. 239. Im Sinne der neueren Doktrin versteht man unter Korporationen: „Personenvereine, welche nicht auf Einrichtungen des öffentlichen Rechtes beruhen, bei denen daher die juristische Persönlichkeit

nicht durch einen Rechtssatz von selbst gegeben ist, sondern übertragen werden muß." Vgl. v. Roth, das bayr. Civilrecht I §. 42. Hieher gehören also vor Allem diejenigen Personenvereine, denen Korporationsrechte von der Staatsgewalt durch Privileg verliehen sind, z. B. in Bayern die Judengemeinden (s. II. Edict zur Verfassung §§. 32 u. 45 u. Edict vom 10. Juni 1813 §. 31), und wohl auch die übrigen Privatkirchengesellschaften. (Vgl. v. Roth a. a. O. §. 43 Anm. 3 §. 37 Anm. 11.)

Der Begriff der „juristischen Person" wird in dem Gesetze, wie es scheint, absichtlich vermieden. Es beschränkt sich darauf, einen allgemeinen Gerichtsstand aufzustellen für diejenigen rechtlichen Gebilde, welche trotz mangelnder physischer Persönlichkeit verklagt werden können. Von Gemeinden und Korporationen steht diese Möglichkeit allgemein fest. Im Uebrigen wird sie durch den Abs. 1 dieses Paragraphen zur Voraussetzung des allgemeinen Gerichtsstandes von Gesellschaften ꝛc. erhoben.

Welche Arten von „Gesellschaften" und „Genossenschaften" man sich unter den prozeßfähigen zu denken habe, sagen die Motive.

„Andere Personenvereine" sind z. B. die „anerkannten Vereine" in Bayern nach dem Gesetze vom 28. April 1869, die „eingeschriebenen Hilfskassen" nach dem Reichsgesetze vom 7. April 1876 §. 5.

Der Begriff der „Stiftung" bedarf keiner näheren Erläuterung; Beispiele ergibt ein Blick in das tägliche Leben.

Unter „Anstalten", die als solche verklagt werden können, pflegt man Wohlthätigkeits-, Bildungs-, Versicherungsinstitute zu verstehen, ohne Rücksicht darauf, ob sie auf Stiftung beruhen oder nicht. Hieher gehört die Reichsbank (§. 12 des Bankgesetzes v. 14. März 1875); in Bayern die Brandversicherungsanstalt für Gebäude diesseits des Rheins. (Art. 80 des Ges., die Brandversicherungsanstalt für Gebäude diesseits des Rheins betr., v. 3. April 1875. Vgl. die revidirte Brandversicherungsordnung v. 23. Januar 1811. [1])

Unter den selbstständig belangbaren „Vermögensmassen" nimmt gemeinrechtlich und wohl nach den meisten Partikularrechten die hereditas jacens die erste Stelle ein. (v. Roth, bayr. Civ.-R. §. 47.)

Gemeinrechtlich und nach bayr. Recht dürfte hieher wohl auch das Pfründevermögen der Pfarrei zu rechnen sein (v. Roth, bayr. Civ.-R. §. 37 Anm. 54). Die Civilliste des Souveräns (bayr. CPO. Art. 15 Abs. 2) ist hierunter nicht zu subsumiren, da es nach §. 5 des EG. zur CPO. keinem Zweifel unterliegen kann, daß wegen vermögensrechtlicher Ansprüche an den Souverän dieser selbst belangt werden kann. Sein Gerichtsstand

[1]) Nach Preuß. Recht ist die vom Staat stillschweigend genehmigte Beamten-Pensions- und Unterstützungskasse einer Preuß. Eisenbahngesellschaft juristische Person. (Entsch. des ROHG. Bd. 17 S. 80 ff.)

richtet sich in Ermanglung von Hausgesetzen nach den allgemeinen Bestimmungen über den Gerichtsstand.

2) Der Gerichtsstand aller in Abs. 1 aufgezählter Prozeßparteien wird durch deren Sitz bestimmt. Sitz aber ist der Ort der Verwaltung, sofern nicht ein Anderes erhellt. Darum steht nichts im Wege, daß in irgend welcher rechtsgültigen Weise bestimmt werde, der Sitz einer Gesellschaft u. dergl. solle an einem andern Orte sein, als an dem, wo die Verwaltung geführt wird. Nur darf man nicht der Willkür der Mitglieder oder Generalversammlung u. dgl. die Bestimmung des Sitzes anheimstellen. Es müssen vielmehr die thatsächlichen Momente vorliegen, welche einen bestimmten Ort zum Sitze einer Korporation ꝛc. stempeln d. h. es muß der Mittelpunkt der Geschäfte sich an diesem Orte befinden (Wetzell, System des Civ.-Pr. 3. Aufl. S. 490). Es ist denkbar, daß dieser nicht mit dem Orte zusammenfällt, wo die Verwaltung geführt wird. Man denke z. B. eine mit juristischer Persönlichkeit beliehene Gesellschaft, deren Thätigkeit in einem Bezirk sich entfaltet, der einem andern Gericht zugehört als der Ort, wo die meisten Mitglieder wohnen. Hier könnte z. B. durch Statut bestimmt sein, daß der Sitz der Gesellschaft an diesem Orte als dem Orte der periodischen Generalversammlungen sein solle, in welcher nach der Verfassung der Gesellschaft der Mittelpunkt der Geschäfte, obwohl nicht die Verwaltung selbst, gelegen ist.

Die subsidiäre Bestimmung der bayr. CPO. Art. 16 Abs. 1, wonach in Ermanglung des Verwaltungssitzes der regelmäßige Versammlungsort der Vertreter einer Gemeinde, Stiftung ꝛc. den Gerichtsstand bestimmen sollte, wurde in die neue Gesetzgebung nicht aufgenommen, vermuthlich weil man von der richtigen Ansicht ausging, daß bei nicht zu enger Auffassung des Begriffes „Verwaltungssitz" überall da sich ein solcher ergeben werde, wo eine regelmäßige Versammlung der Vertreter stattfindet. Dieser allgemeine Gerichtsstand von Korporationen ꝛc. ist an sich in seiner Dauer bestimmt und bedingt durch die Dauer derselben. Für einzelne Arten von Gesellschaften und von Genossenschaften verfügen jedoch Reichsgesetze die Fortdauer des Gerichtsstandes bis zur vollendeten Liquidation. So für Handelsgesellschaften das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch Art. 144 Abs. 2 und Art. 172, für Genossenschaften das Bundesgesetz vom 4. Juni 1868 über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften §. 49 Abs. 2. Diese reichsgesetzlichen Vorschriften bestehen zufolge §. 13 des EG. zur CPO. fort. Aber auch die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Fortdauer des Gerichtsstandes einer Gesellschaft, Genossenschaft ꝛc. sind durch §. 15 Ziff. 2 des EG. aufrecht erhalten. Dahin gehört die Bestimmung des bayr. Gesetzes über die anerkannten Vereine

vom 29. April 1869 Art. 30 Abs. 1. — Wenn dagegen die Motive zu §. 12 Ziff. 2 des Entwurfs eines EG. zur CPO. (Offizielle Ausgabe S. 486, Kortkampf'scher Abdruck S. 593), der dem §. 15 Ziff. 2 des EG. zur CPO. entspricht, den Vorbehalt der Landesgesetze durch die Rücksicht begründen, daß das Genossenschaftsgesetz vom 4. Juni 1868 in Bayern nicht eingeführt sei, so ist dieß für den Entwurf vom Jahre 1874 nicht richtig, da das Reichsgenossenschaftsgesetz durch Reichsgesetz vom 23. Juni 1873 (RGBl. S. 146) mit dem 1. August 1873 in Bayern eingeführt wurde. Jene Begründung in dem Entwurfe von 1874 ist nur dadurch erklärlich, daß sie ohne Prüfung der Begründung des §. 11 Ziff. 2 des Entwurfs eines EG. zur CPO. vom Jahre 1872 wörtlich nachgedruckt ist. Nachträglich hat man diesen Fehler entdeckt und ihn — freilich mit Unrecht — unter die „Druckfehler" gestellt. (Vgl. „Berichtigung von Druckfehlern in den Entwürfen eines GVG. 2c. Nr. 4, 5, 6 der Drucksachen des Deutschen Reichstags II. Legislaturperiode II. Session 1874 S. 3.) Siebenhaar aber wiederholt in seinem Commentar zur CPO. nebst EG. (S. 16) diesen Nachdruck aus dem 1872er Entwurf ohne Allegirung des Druckfehlerverzeichnisses [2]).

3) Zu Abs. 2 dieses Paragraphen wurde in der Reichstagskommission angefragt, ob es vorkommen könne, daß Behörden als solche verklagt würden. Hierauf konstatirte der Direktor des Reichskanzleramtes v. Amsberg, daß dieß z. B. in Mecklenburg möglich sei.

Ueber den Begriff der Gewerkschaft s. Gerber, deutsches Privatrecht §. 97; v. Roth, bayr. Civilr. III S. 83; Bayr. Berggesetz vom 20. März 1869; Großherzogl. hess. Berggesetz vom 28. Januar 1876 Vierter Titel; Lang, Handbuch des in Würtemberg geltenden Sachenrechts §. 109.

4) Nach den Motiven zu diesem Paragraphen sollte durch Abs. 3 des Entwurfs, welcher lautet:

> „Die Bestimmungen dieses Paragraphen kommen nicht zur Anwendung, wenn der Gerichtsstand durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelt ist"

dem §. 19 nur ein subsidiärer Charakter beigelegt werden.

In der Reichstagskommission wurde der Antrag auf Streichung dieses Absatzes von Dr. Wolffson gestellt und damit begründet, daß kein Bedürfniß bestehe, autonomische Bestimmungen über Kompetenzänderungen zuzulassen, und daß es überhaupt bedenklich scheine, die Bestimmung des Forum der Willkür des Einzelnen anheimzugeben.

Abgeordneter Eysoldt sprach sich gegen die Streichung aus, da na-

[2]) Vermuthlich wird die Beseitigung dieses Druckfehlers einem künftigen Druckfehlerverzeichniß zu Siebenhaar's Commentar vorbehalten.

mentlich bei Versicherungsgesellschaften, die ihren Sitz im Auslande haben, ein Bedürfniß bestehe, ein Forum im Inlande zu begründen. Diese Auffassung wird von dem Direktor des Reichskanzleramtes v. Amsberg getheilt, dagegen vom Abg. Becker bekämpft und vom Abg. Dr. Bähr als wünschenswerth hervorgehoben, vermieden zu sehen, daß es eine Gesellschaft in der Hand habe, ihren allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes beliebig zu beseitigen. Sodann stellte Abg. Hauck den Antrag: dem 3. Absatz folgende Fassung zu geben:

„Der durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelte Gerichtsstand wird durch vorstehende Bestimmungen nicht ausgeschlossen."

Der Antragsteller bezeichnet seinen Antrag als eine mehr redaktionelle als sachliche Aenderung. Der Antrag Wolffson wird zu Gunsten dieses Antrages zurückgezogen, der sodann zur Annahme gelangt und schließlich die gegenwärtige Fassung erhielt. (Komm.-Prot. S. 8, 9.) Jedenfalls ergibt sich aus dieser Fassung, daß ein durch Statut oder in anderer Weise geregelter Gerichtsstand von Gesellschaften, Korporationen ꝛc. den Gerichtsstand des §. 19 Abs. 1 u. 2 nicht beseitigen, sondern nur elektiv mit diesem konkurriren kann.

---

§. 20.

Der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus wird durch den Sitz der Behörde bestimmt, welche berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten.

Motive: „In Uebereinstimmung mit dem preußischen Rechte — Gesetz vom 26. April 1851 Art. II Nr. 1 —, dem preuß. Entw. §. 13 und dem nordd. Entw. §. 49 bestimmt der §. 20 den allgemeinen Gerichtsstand des Fiskus nach dem Sitze derjenigen Behörde, welche berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten. Eine Anwendung dieses Grundsatzes enthalten z. B.: das Gesetz, betreffend die Pensionirung und Versorgung der Militärpersonen des Reichsheeres und der Kaiserlichen Marine u. s. w., vom 27. Juni 1871 §. 116 (RGB. S. 275) wegen der Klagen aus Rechtsansprüchen auf Pensionen, Beihülfe und Bewilligungen, das Reichspostgesetz vom 28. Oktober 1871 §. 13 (RGB. S. 347) in Betreff der Entschädigungsklagen wider den Reichspostfiskus, und das Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 §. 151 (RGB. S. 61) rücksichtlich der gegen den Reichsfiskus zu richtenden Klagen. Die Bestimmung des §. 20 entspricht dem Bedürfnisse der Staatsverwaltung nach möglichst einheitlicher Regelung des Gerichtsstandes für diese das öffentliche Recht vielfach be-

rührenden Prozesse und ist den Bestimmungen der Partikularrechte (Bayern Art. 15, Baden §. 21, Württemberg Art. 38) vorzuziehen, welche den allgemeinen Gerichtsstand des Fiskus zu sehr zersplittern."

1) Fiskus ist der Staat als Subject von Vermögensrechten. Nur insoweit wollte der Staat der Civilgerichtsbarkeit unterworfen werden. Dieß ergibt sich nicht blos aus der Wahl des Wortes Fiskus, sondern auch aus der hierüber gepflogenen Verhandlung in der Reichstagskommission. Hier war von dem Abgeordneten Dr. Bähr der Antrag gestellt worden, dem §. 20 folgende Fassung zu geben:

„Der allgemeine Gerichtsstand des Deutschen Reichs und der Bundesstaaten wird durch den Sitz der Behörde bestimmt, welche berufen ist, das Reich oder den Bundesstaat in dem Rechtsstreite zu vertreten. Als zur Vertretung berufen gilt, insoferne die Gesetze nicht ein Anderes bestimmen, diejenige Behörde, welche in erster Instanz zu dem Rechtsstreit Veranlassung gegeben hat."

Der Antragsteller führt zur Begründung des ersten Theils seines Antrags aus, es sei ihm darum zu thun, das Fremdwort Fiskus zu vermeiden und zugleich deutlich auszusprechen, daß das Deutsche Reich sich der Gerichtsbarkeit unterwerfe; auch seien Fälle möglich, in denen der Staat als solcher in seiner staatsrechtlichen, nicht blos in seiner vermögensrechtlichen Qualität qua fiscus belangt werden könne. Der zweite Theil seines Antrags ziele darauf ab, die Behörde festzustellen, welche zu belangen sei, um zu verhüten, daß in einem Lande sämmtliche Klagen gegen den Staat an die Gerichte der Hauptstadt als Sitz der Centralstellen gezogen werden können.

Der Direktor des Reichskanzleramtes v. Amsberg spricht sich gegen beide Theile des Antrags aus, namentlich, weil sich nicht übersehen lasse, welche Wirkung der Bähr'sche Abänderungsvorschlag in den einzelnen Bundesstaaten äußere und weil häufig sehr schwer sein werde, zu entscheiden, welche Behörde zu dem Rechtsstreite in erster Instanz Veranlassung gegeben.

Der Abg. Reichensperger warnt vor Uebersetzung des Wortes Fiskus und glaubt, daß es keine Fälle gebe, in welchen ein Staat in anderer Qualität denn als Fiskus belangt werde.

Abg. Dr. Marquardsen wünscht Beibehaltung des Wortes Fiskus.

Nachdem hierauf unter Zustimmung der Regierungskommissarien ausdrücklich konstatirt worden, es sei Ansicht der Kommission, daß Fiskus auch den Reichsfiskus bedeutet, wurde der Abänderungsantrag Dr. Bähr in beiden Theilen abgelehnt und §. 20 in der Fassung des Entwurfs unverändert angenommen. (Vgl. die Komm.-Prot. S. 9.)

2) Maßgebend für den allgemeinen Gerichtsstand des Fiskus ist der Sitz der Behörde, welche berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten.

Die Frage, wie sich diese Behörde bestimme, ist nach den Gesetzen bezw. gesetzmäßigen Verordnungen der einzelnen Bundesstaaten zu beantworten, sofern es sich um den Fiskus der Bundesstaaten handelt. Dieß würde sich in Ermanglung einer entgegenstehenden Bestimmung der Civilprozeßordnung von selbst verstehen, da diese durchaus nichts an der Verwaltung des Staatsvermögens in den Bundesstaaten ändern wollte; es ist aber überdieß auf Anfrage des Abg. Dr. Bähr in der Reichstagskommission von dem Vertreter des Bundesraths Direktor von Amsberg bestätigt worden. (Vgl. Komm.-Prot. 769 alias 507.)

Was nun die in den größeren Bundesstaaten bezüglich der Vertretung des Fiskus geltenden Bestimmungen anlangt, so ergibt sich

A. für Bayern folgender Rechtszustand:

I. Regelmäßig vertritt den Fiskus die Regierungsfinanzkammer des Kreises, zu deren Verwaltungsressort dasjenige Staatsvermögen gehört, gegen oder für welches Ansprüche erhoben werden.

II. Einzelne Zweige der Staatsverwaltung führen eine von den Regierungsfinanzkammern unabhängige, gesonderte Verwaltung des einschlägigen Staatsvermögens. Demzufolge wird der Fiskus hier von denjenigen Behörden vertreten, welche diese gesonderte Verwaltung führen.

Die Behörden sind:

a) Die königliche Generalbergwerks- und Salinenadministration in München.

b) Das königliche Hauptmünzamt in München.

c) Die königliche Staatsschuldentilgungsanstalt in München.

d) Die Direktion der königlichen Bank in Nürnberg.

e) Die Generaldirektion der Verkehrsanstalten in München.

f) Die Generalzolladministration in München.

g) Das Kriegsministerium.

h) Das Ministerium des Aeußern.

Vgl. Formationsverordnung füe die Kreisregierungen vom 17. Dezember 1825 §§. 87—121; Formationsverordnung für die Staatsministerien vom 9. Dezember 1825 §§. 34—97; Verordnung vom 30. Septbr. 1822, die Formation des Ministeriums der Armee betr.; Verordnung vom 31. Januar 1829, die Formation des Kriegsministeriums betr. (S. Schmitt, System des bayr. Civilprozesses I §. 92.)

B. Der sächsische Fiskus wird prinzipiell durch das Finanzministerium

in Dresden vertreten, hat also dort seinen allgemeinen Gerichtsstand. (S. Siebenhaar, Kommentar zur deutschen CPO. S. 57 zu §. 20.)

Vgl. Verordnung vom 24. April 1845. Gesetzbl. S. 71; Dekret vom 10. Dezember 1870 und Bekanntmachung hiezu vom 11. Dezember 1870, Gesetzbl. S. 398 f. — Bekanntmachung vom 17. Juli 1869, Gesetzbl. S. 159. Ueber die gesonderte Vertretung des Sportelfiskus s. Verordnung vom 6. Sept. 1870, Gesetzbl. S. 308, und vom 26. August 1869, Gesetzbl. S. 249 f.

C. Die Vertretung des Fiskus in Würtemberg ist in folgender Weise geregelt:

I. Wenn der Rechtsstreit ein Object betrifft, welches zum Wirkungskreis der Oberfinanzkammer gehört, dann wird der Fiskus durch die betreffende Abtheilung dieser Kammer vertreten, z. B. durch die Domänendirektion in Domänenstreitigkeiten, durch die Forstdirektion in Forstprozessen, den Bergrath in Streitigkeiten über bergrechtliche Verhältnisse.

II. Durch die unter dem auswärtigen Ministerium stehende Centralbehörde für die Verkehrsanstalten wird der Fiskus in den Prozessen vertreten, welche gegen den Staat als Inhaber der Verkehrsanstalten erhoben werden.

III. In Prozessen, deren Gegenstand ausschließlich in den Geschäftskreis der dem Finanzministerium unterstellten Centralstellen (Steuerkollegium, Oberrechnungskammer, Katasterkommission) fällt, wird der Fiskus durch diese Centralstellen vertreten.

IV. Der Militärfiskus ist in Würtemberg jetzt Reichsfiskus und wird durch das Kriegsministerium in Stuttgart vertreten.

V. In allen Rechtsstreitigkeiten, welche das Ressort der Straßen- und Wasserbauabtheilung des Ministeriums des Innern betreffen, wird der Fiskus durch diese Abtheilung des Ministeriums vertreten.

VI. Die eventuelle fiskalische Vertretung fällt der Verwaltung der Staatshauptkassa anheim.

Vgl. Instruction für die Kreisfinanzkammern vom 17. Januar 1823 (Reg.-Bl. S. 119 ff.) §. 3 Ziff. 4. Verordnung vom 21. Novbr. 1849, betr. Vereinfachungen im Departement der Finanzen (Reg.-Bl. S. 729). Bekanntmachung der Ministerien der Justiz und der Finanzen vom 1. November 1818 (bei Reyscher, Ges.-Sammlung Bd. VII Abth. 1 S. 627). Ministerial-Verfügung vom 31. Mai 1870, betr. die Vertretung des Fiskus in privatrechtlichen Streitigkeiten (Reg.-Bl. S. 254). Abschnitt XI der Reichsverfassung.

D. Ueber die Vertretung des Fiskus im Großherzogthum Baden gibt im Wesentlichen die Verordnung vom 18. März 1865 (Reg.-Bl. Nr. XII S. 121), die Prozeßführung in fiskalischen Rechtsstreiten betr., Maß. Das Prinzip der fiskalischen Prozeßvertretung ist in der Verordnung vom 20. September 1832 (Reg.-Bl. Nr. LV S. 445) Art. 3 u. 4 niedergelegt, worin verfügt ist:

> „Die Rechtsstreitigkeiten des großherzoglichen Fiskus haben die Behörden, aus deren Verwaltung sie entspringen . . . . . führen zu lassen.“ „Keine Executivstelle kann ohne Genehmigung des ihr vorgesetzten Verwaltungskollegiums einen Prozeß beginnen oder sich in einen solchen einlassen.“

Die Verordnung vom 18. März 1865 bestimmt in

> Art. 1: „Der Hofdomänenkammer, der Direktion der Forste, Berg- und Hüttenwerke, der Steuerdirektion, der Zolldirektion, der Oberdirektion des Wasser- und Straßenbaues und der Direktion der Verkehrsanstalten steht die Befugniß zu, in fiskalischen Rechtsstreiten, welche aus ihrer und der Verwaltung der ihnen untergeordneten Behörden entspringen, die Rechte des großherzoglichen Fiskus zu verfolgen und zu vertheidigen. Gleiche Befugniß kommt in den die Amtskassen, die unter Leitung des Staates stehenden Heil- und Pflegeanstalten und die polizeilichen Verwahrungsanstalten betreffenden Rechtsstreiten dem Verwaltungshof zu; ebenso den Ministerien in denjenigen fiskalischen Rechtsstreiten, deren Gegenstand ihrer unmittelbaren Verwaltung vorbehalten ist, oder welche Regreßansprüche an den Fiskus aus Handlungen der ihnen untergeordneten Behörden und Diener betreffen.“

Ueber die Vertretung des Fiskus durch die „Staatsverrechnungen“ s. die Instruktion des großherzogl. Finanzministeriums vom 9. Februar 1833 (Verordnungsblätter für die Domänenverwaltungen vom J. 1833 Nr. 59 S. 231). Vgl. Freydorf, Prozeßordnung für Baden S. 306 ff.

Die Vertretung des Militärfiskus durch das Kriegsministerium ist Vertretung des Reichsfiskus wie in Würtemberg.

Desgleichen die Vertretung des Post- und Telegraphenfiskus. (Reichsverfassung Art. 48.)

Ueber die Vertretung des Kirchenfiskus s. die Zusammenstellung der einschlägigen Verordnungen bei Freydorf a. a. O. S. 309 ff.

E. Im Großherzogthum Hessen wird die Vertretung des Centralfiskus, soweit sich aus den vereinzelten hierüber bestehenden Normen ersehen läßt, prinzipiell durch die großherzogliche Obersteuerdirektion geführt.

[Vgl. §. 6 des Ges. v. 15. September 1851, die Entschädigung für aufgehobene ausschließliche Handels- und Gewerbsprivilegien betr. Regierungsblatt v. 1851 S. 336; ferner Bekanntmachung vom 17. Januar 1860, betr. die Einweisung des Fiskus in erbloses Gut (nach Art. 770 des

C. de civil) auf Antrag der Obersteuerdirektion (Regierungsblatt v. 1860 S. 27). Außerdem steht der großherzoglichen Oberforst- und Domänendirektion die Verwaltung der Domänen und demgemäß wohl auch die Vertretung des Fiskus in Domanialprozessen zu. (Vgl. Verordnung vom 5. Februar 1811, betr. die Vertretung des Fiskus bei Ansprüchen wegen Wildschadens, und vom 9. Dezember 1876, betr. die Organisation der obersten Forstbehörde Art. 1.)]

F. Zur Vertretung des preußischen Fiskus sind prinzipiell die Regierungen berufen. Sie führen nämlich die fiskalischen Prozesse selbstständig in allen zu ihrem Ressort gehörigen Angelegenheiten. (Vgl. Rönne, Staatsrecht der preußischen Monarchie II. Bd. 1. Abth. §. 265 S. 180 VI, VII. Ueber den großen Umfang dieses Ressorts siehe Rönne a. a. O. §. 264. Ferner ist zu vergleichen: Koch, das preußische Civilprozeßrecht, 2. Theil Titel 35. — v. Rönne, Ergänzungen zu Thl. II Tit. 35 der allgemeinen Gerichtsordnung.) In Prozessen über indirekte Steuern vertritt die Provinzialsteuerdirektion das fiskalische Interesse. (Rönne, Staatsrecht §. 279.)

3) Unter Fiskus versteht das Gesetz nicht blos die einzelnen Bundesstaaten in ihrer Eigenschaft als Träger von Vermögensrechten und Pflichten, sondern auch das Reich als Ganzes in dieser Eigenschaft. Dieß geht nicht blos aus den abgedruckten Motiven zu diesem Paragraphen hervor, sondern auch aus der erwähnten Constatirung in der Commission des Reichstags. Ueber die Existenz eines Reichsfiskus, die nicht immer unbestritten war, dürfte jetzt wohl kein Zweifel mehr obwalten. (Vgl. Laband, das Finanzrecht des deutschen Reichs in Hirth's Annalen Jahrgang 1873; Förster, Pr. PR. IV §. 284.) Die Behörden, welche den Fiskus des Reichs zu vertreten haben, sind theilweise in den Reichsgesetzen ausdrücklich bestimmt. So ist nach §. 116 des Gesetzes, betr. die Pensionirung und Versorgung der Militärpersonen des Reichsheeres und der kaiserlichen Marine &c., vom 27. Juni 1871 in Ermanglung einer andern landesgesetzlichen Bestimmung Vertreter des Militärfiskus die oberste Militärverwaltungsbehörde des Kontingents, Vertreter des Marinefiskus das Marineministerium; nach §. 13 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 18. Oktober 1871 vertritt den Reichsfiskus diejenige Oberpostdirektion bezw. diejenige mit deren Funktionen beauftragte Postbehörde, in deren Bezirk der Ort der Einlieferung der Sendung oder der Ort der Einschreibung des Reisenden liegt; nach §. 151 des Gesetzes, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, vom 31. März 1873 die höhere Reichsbehörde, unter welcher der Reichsbeamte steht oder gestanden hat, oder falls er direkt unter der obersten Reichsbehörde steht oder gestanden hat, die oberste Reichsbehörde. Nach §. 153 desselben Gesetzes wird der Reichsfiskus in Prozessen über

die Anfechtung des Beschlusses, durch den ein Reichsbeamter zum Ersatz eines Defekts für verpflichtet erklärt wird (§. 144 Abs. 1 des Reichsbeamtengesetzes), durch jene höhere Reichsbehörde vertreten, welche den Defektbeschluß abgefaßt oder für vollstreckbar erklärt hat (§. 139 Abs. 2 des citirten Gesetzes). In den gegen den Reichsfiskus auf Grund der §§. 40, 41 des Gesetzes, betr. die Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen, vom 21. Dezember 1871 gerichteten Klagen wird derselbe durch die Kommandantur vertreten (s. §. 42 des genannten Gesetzes). Allein für den Gerichtsstand entscheidend ist hier nicht der Sitz der letzteren, sondern die Lage des der Enteignung unterliegenden Grundstückes (s. §. 42 Abs. 2 a. a. O.). Diese Zuständigkeitsnorm bleibt nach §. 13 Abs. 1 des EG. zur CPO. aufrecht erhalten (s. u. zu §§. 25—27. Nr. 7 lit. c). Wo eine besondere Festsetzung der Vertretung des Reichsfiskus auf Grund einzelner Reichsgesetze ermangelt, da wird man als die zur Vertretung desselben im Rechtsstreite befugte und verpflichtete Behörde die höchste Reichsbehörde des Ressorts zu erachten haben, in welchem der Reichsfiskus in Anspruch genommen wird. In diesem Sinne hat in der Reichstagskommission der Direktor des Reichskanzleramtes v. Amsberg eine dießbezügliche Anfrage beantwortet. Dagegen erhob sich zwar von Seite des Abg. Reichensperger Widerspruch, dessen Meinung dahin ging, daß die Normirung der Vertretung des Reichsfiskus in einzelnen Reichsgesetzen nur das Bedürfniß einer gesetzlichen Regelung der Materie beweise. Der Fiskus sei ein von der obersten Reichsbehörde verschiedener Begriff; es sei keineswegs anzunehmen, daß der allgemeine Gerichtsstand des Reichsfiskus immer am Sitze der obersten Reichsbehörde sei. Die Sache sei unklar und sollte irgendwie im Gesetze entschieden werden. Doch fand diese Auffassung in der Kommission eine weitere Unterstützung nicht; der §. 20 wurde vielmehr in der Fassung der Vorlage angenommen, ohne daß auch nur ein Antrag hiezu gestellt worden wäre (s. Komm.-Pr. S. 769 resp. 507). Hieraus läßt sich wohl schon auf das Einverständniß der Kommission mit der Auffassung der Regierung schließen. Dieß rechtfertigt sich aber auch aus folgenden Erwägungen: Einmal ist es nach allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen selbstverständlich, daß der Staat von den Centralorganen seiner Verwaltung vertreten wird, wo immer für ihn gehandelt werden muß. Daraus folgt, daß den Centralbehörden auch die Prozeßvertretung des Staates obliegt, wo sie nicht speziell anderen Behörden übertragen wird. (Vgl. oberstr. Erk. bei Seuffert, Arch. XVIII Nr. 110.) Sodann scheint mir die Reichsgesetzgebung selbst sich dieses Satzes bewußt gewesen zu sein, wenn sie z. B. in §. 2 Abs. 2 des Ges. vom 1. Juni 1870 über die Abgaben von der Flößerei bestimmt:

„Die Klage ist gegen den Bundesfiskus, vertreten durch das Bundeskanzleramt, zu richten ꝛc.[1]).“

Durch §. 20 ist §. 34 des Gesetzes über die Kriegsleistungen vom 13. Juni 1873 gegenstandslos geworden, soweit er von dem Gerichtsstand handelt. Dieser Paragraph lautet nämlich:

„Bis zu anderweiter gesetzlicher Regelung gelten in Bezug auf die Zulässigkeit des Rechtsweges und den Gerichtsstand für Klagen aus Ansprüchen, welche wider das Reich auf Grund dieses Gesetzes erhoben werden, dieselben Vorschriften, welche für den Bundesstaat, in dessen Gebiet diese Ansprüche zu erfüllen sind, maßgebend sein würden, wenn die nämlichen Ansprüche gegen ihn zu richten wären.“

Durch §. 20 ist nun aber bezüglich des fiskalischen Gerichtsstandes des Reichs „anderweite“ gesetzliche Regelung erfolgt.

4) Durch §. 20 wird nur der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus geordnet. Es gelten daher für den Fiskus auch die besonderen Gerichtsstände der Prozeßordnung. (Vgl. Komm.-Pr. zu §. 25.)

---

§. 21.

Wenn Personen an einem Orte unter Verhältnissen, welche ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, insbesondere als Dienstboten, Hand- und Fabrikarbeiter, Gewerbegehülfen, Studirende, Schüler oder Lehrlinge sich aufhalten, so ist das Gericht des Aufenthaltsorts für alle Klagen zuständig, welche gegen diese Personen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche erhoben werden.

Diese Bestimmung findet auf Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbstständig einen Wohnsitz nicht begründen können, in der Art Anwendung, daß an die Stelle des Gerichts des Aufenthaltsorts das Gericht des Garnisonorts tritt.

Motive: „Die §§. 21 und 22 vermitteln den Uebergang zu den besonderen Gerichtsständen. Der §. 21 stammt ebenfalls aus dem preußischen Rechte, für welches die Kabinets-Ordre vom 4. Juli 1832 verordnete, daß Personen der im §. 21 bezeichneten Art in Injurien-, Alimenten- und Entschädigungsprozessen sowie in allen Rechtsstreitigkeiten, welche aus ihren Dienst-, Erwerbs- und Kontraktsverhältnissen entspringen, dem persönlichen Gerichts-

---

[1]) Der Fiskus des Reichslandes Elsaß-Lothringen ist nicht Reichsfiskus, sondern Landesfiskus (vgl. Laband, das Staatsrecht des Deutschen Reichs; Entsch. des ROHG. Bd. 19 S. 29).

stande ihres Aufenthalts unterworfen sein sollen. Der §. 16 des preußischen Entwurfs, der §. 4 des Nürnberger Entwurfs eines Rechtshülfegesetzes und Württemberg Art. 41 haben diesen Gerichtsstand aufgenommen hinsichtlich der für jene Personen aus den am Aufenthaltsorte aus Verträgen, Handlungen oder Unterlassungen entstandenen Verbindlichkeiten. Die Beschränkung des Gerichtsstandes auf die am Aufenthaltsorte entstandenen Verbindlichkeiten ist wegen ihrer kasuistischen und nicht prinziellen Natur verfehlt. In Betreff dieser Verpflichtungen ist der Gläubiger durch die besonderen Gerichtsstände des Vertrags, des Vermögens, der unerlaubten Handlung ausreichend geschützt. Die hannoversche Kommission überging daher diesen Gerichtsstand als überhaupt nicht erforderlich. Seinen eigentlichen Werth erhält das Forum erst durch seine Erhebung zu einem Quasidomizil der betreffenden Personen mit der Wirkung, daß in demselben während des Aufenthalts der Personen alle bestehenden vermögensrechtlichen Ansprüche ohne Rücksicht auf den Enstehungsort gegen sie verfolgt werden können Mit dieser Erweiterung entspricht der §. 21 den Prozeßordnungen für Hannover §. 7 Abs. 3, Bayern Art. 18, Braunschweig §. 25, Baden §. 25 und Oldenburg Art. 14 §. 4.

„Für Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder selbstständig einen Wohnsitz nicht begründen können, tritt an Stelle des Gerichts des Aufenthaltsorts dasjenige des Garnisonorts, welcher mit dem ersteren nicht nothwendig zusammenfällt."

1) Der Gerichtsstand des §. 21 ist nicht ausschließlich, sondern geht neben dem allgemeinen Gerichtsstand des Wohnorts her (§. 13 und 18).

2) Dieser Gerichtsstand ist begründet durch den Aufenthalt unter Verhältnissen, welche auf eine längere Dauer desselben hinweisen. Daß der Aufenthalt in Wirklichkeit ein dauernder sei, ist nicht erforderlich. Es wird genügen, wenn er zur Zeit der Klagszustellung vorhanden ist, gleichviel ob das ihn veranlassende Verhältniß, z. B. der Dienstmiethvertrag, die Schülereigenschaft, nach diesem Zeitpunkt noch besteht oder nicht.

Die in Abs. 1 genannten Verhältnisse sind Beispiele, deren Anführung den Richter jedenfalls bindet. Welche Verhältnisse außerdem noch als solche zu erachten seien, die auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, ist eine von dem richterlichen Ermessen zu entscheidende Thatfrage. Keinesfalls darf aus den aufgezählten Fällen geschlossen werden, daß nur an den Aufenthalt unselbstständiger Personen gedacht werden müsse.

3) Aus dem Gerichtsstand des §. 21 kann ein accessorischer Gerichtsstand der Ehefrau und der Kinder nicht abgeleitet werden (s. zu §. 17 oben S. 88).

4) Der Gerichtsstand des §. 21 ist beschränkt auf Klagen aus vermögensrechtlichen Ansprüchen. Ueber den Begriff der vermögensrechtlichen Ansprüche vgl. oben S. 45 zu §. 2 Nr. 2, dazu Komm.-Pr. S. 9 und 769). In der Reichstagskommission wurde schon bei erster Lesung des §. 21 die Frage angeregt, ob Klagen aus Dienstverhältnissen, Schwängerungen u. dgl. zu den Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche zu zählen seien, und dieselbe ohne Widerspruch aus der Mitte der Kommission durch den Direktor des Reichskanzleramtes bejaht. (Komm.-Pr. S. 9). In zweiter Lesung des §. 21 wurde die Frage von Neuem und zwar mit besonderer Rücksicht auf den Fall erörtert, wo Alimente auf Grund der behaupteten außerehelichen Vaterschaft gefordert würden. Es wurde von dem Abg. Gaupp die Ansicht aufgestellt, daß das Forum des Paragraphen, wenn Statusklagen ausgeschlossen sein sollten, nur in den Staaten für Klagen aus außerehelicher Schwängerung Platz greifen könne, in welchen diese Klagen als Deliktsklagen behandelt werden, dagegen überall ausgeschlossen sein müsse, wo dieselben als Statusklagen aufgefaßt werden, und die Alimente 2c. nur als Konsequenz der im Urtheil ausgesprochenen Anerkennung der Vaterschaft zuerkannt werden. Er halte dafür, daß das Forum des §. 21 auch für diese Klagen einzutreten habe. Das vermögensrechtliche Interesse prävalire in diesen Fällen über die Feststellung des verwandtschaftlichen Verhältnisses, und dies sei auch der Standpunkt des §. 12 (i. e. §. 23) des GVG. Direktor von Amsberg bemerkte hiezu: Die Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlafe seien zweifellos vermögensrechtlicher Natur. Abg. von Puttkammer versteht diese Aeußerung dahin, daß Klagen aus außerehelicher Schwängerung vor das Forum des §. 21 auch dann gebracht werden können, wenn mit dem Anspruch auf Leistung von Alimenten 2c. gleichzeitig verlangt werde, es solle im Urtheil ausgesprochen werden, daß ein Kind das außereheliche Kind des X sei.

Direktor von Amsberg erwiedert: Wer wegen außerehelicher Schwängerung eine Klage auf Alimente erhebe, gründe diese Klage auf das Vorhandensein außerehelicher Beziehungen. Die Feststellung dieser Beziehungen sei aber nicht Ziel, sondern Voraussetzung des Klagsanspruchs. Letzterer verliere dadurch nicht seine vermögensrechtliche Qualität.

Abg. Reichensperger glaubt dem Gedanken folgende Fassung geben zu sollen: „Wenn Alimente als solche gefordert werden, so tritt das Forum des §. 21 ein. In den Entscheidungsgründen des Urtheils muß dann natürlich auch die Frage nach dem fundamentum actionis d. i. nach dem Vorhandensein der außerehelichen Beziehungen erörtert und entschieden werden. Wird dagegen in der Klage der direkte Ausspruch dahin gefordert, daß A der Vater des Kindes der B sei, so ist das Forum des §. 21 ausgeschlossen."

Schließlich konstatirt Regierungsrath Hagens als Vertreter der Reichsregierung, daß in Preußen die Alimentenklage gegen den außerehelichen Vater eines Kindes mit dem Antrage auf Feststellung des Vaterschaftsverhältnisses erhoben werden könne; diese Feststellung sei indessen lediglich die Basis zur Begründung vermögensrechtlicher Ansprüche (Alimentations- oder Erbansprüche) und er sei daher geneigt, diese Klage nach Preußischem Recht als einen vermögensrechtlichen Anspruch zu erachten, welcher stets vor dem Forum des §. 21 geltend gemacht werden könne.

Hierauf wurde §. 21 ohne weitere Diskussion angenommen.

Mir scheint, daß überall da, wo das Klagspetitum auf vermögensrechtliche Objekte gerichtet ist, das Forum des §. 21 Platz greift, gleichviel auf welchem Verhältnisse der Anspruch begründet ist. Denn nicht der Grund, sondern der Gegenstand des Anspruchs ist für seine Qualifikation als vermögensrechtlicher oder nicht vermögensrechtlicher entscheidend. Niemand wird den Anspruch der Frau gegen den Mann auf Alimente aus dem Kreis der vermögensrechtlichen Ansprüche streichen, obwohl er auf einem Familienverhältnisse beruht.

Demnach dürfte die von dem Abg. Reichensperger aufgestellte Fassung des Gedankens die zutreffende und für das preußische Recht die Anschauung des Regierungsraths Hagens richtig sein. Ueber das Preußische Recht vgl. Förster Pr. Pr.R. Bd III §. 228.

5) Ueber die im Abs. 2 dieses Paragraphen genannten Kategorien von Militärpersonen vgl. oben §. 14 Abs. 2 und die Erläuterung hiezu unter Nr. 2.

6) Für den Fall, daß einer der in diesem Paragraphen genannten Personen die Prozeßfähigkeit mangelt, steht dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts die Befugniß zu, für dieselbe einen interimistischen Prozeßvertreter aufzustellen; vgl. §. 55 Abs. 2.

7) Mit dem Aufenthalt resp. mit den Verhältnissen, welche ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, hört das Forum des §. 21 auf.

---

§. 22.

Hat Jemand zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, so können gegen ihn alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gerichte des Orts erhoben werden, wo die Niederlassung sich befindet.

Der Gerichtsstand der Niederlassung ist auch für Klagen gegen Personen begründet, welche ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter bewirthschaften, soweit diese Klagen die auf die Bewirthschaftung des Guts sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen.

Motive: „Der §. 22 begründet — übereinstimmend mit dem Nürnberger Entwurf §. 5, Bayern Art. 24 bis 26, Württemberg Art. 40, Baden §. 32, preuß. Entw. §§. 17, 18, hannov. Entw. §. 16, nordd. Entw. §. 54 — einen besonderen Gerichtsstand der Niederlassung. Derselbe ist dem forum domicilii nachgebildet: das Etablissement wird, was die auf den Geschäftsbetrieb desselben bezüglichen Klagen anlangt, dem Wohnsitze gleichgeachtet: dasselbe gilt für das Gut, was die Klagen aus den auf dessen Bewirthschaftung sich beziehenden Rechtsverhältnissen betrifft (vergl. den Kommissionsbericht in den Verhandlungen der Nürnberger Konferenz über die in den deutschen Bundesstaaten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegenseitig zu gewährende Rechtshülfe S. 36 ff.). Daß in diesem Umfange der Gerichtsstand durch das Bedürfniß gerechtfertigt wird, beweist dessen allgemeine Anerkennung in den neueren deutschen Prozeßgesetzen und Entwürfen."

1) Auch dieser Gerichtsstand ist fakultativ und konkurrirt deshalb nur mit dem allgemeinen Gerichtsstand und unter Umständen mit anderen besonderen Gerichtsständen.

2) Dem Wortlaute des Paragraphen nach bezieht sich Abs. 1 desselben nur auf physische Personen. Arg. „Hat Jemand." Es wirft sich aber die Frage auf, ob die Meinung des Gesetzgebers nicht dahin ging, auch für die Niederlassung einer juristischen Person oder einer belangbaren Gesellschaft, Anstalt rc. (s. §. 19) den Gerichtsstand des Paragraphen gelten zu lassen. In den Materialien zu diesem Paragraphen findet sich keinerlei Anhaltspunkt für die Beantwortung der Frage. Dennoch ist dieselbe m. E. zu bejahen aus folgenden Gründen: Es war, wie aus den Motiven sich ergibt, die Absicht des Gesetzgebers, einen Gerichtsstand der Niederlassung im weitesten Umfang zu schaffen. Die Verweisung der Motive auf die analogen Bestimmungen anderer Prozeßgesetze z. B. Bayerns §. 24—26, Badens §. 32 einerseits und anderseits die diesen Bestimmungen gegenüber veränderte Fassung des §. 22 läßt die Tendenz nicht verkennen, dem Gerichtsstande der Niederlassung eine weitere Ausdehnung zu geben, keinesfalls aber ihn zu beschränken. Wenn daher die bayr. Proz.-Ordnung in Art. 24 den Gerichtsstand der Niederlassung auf Kaufleute einschränkt, welche ihren Wohnsitz außerhalb des Ortes ihrer Hauptniederlassung haben, und in §. 25

denselben für Zweigniederlassungen von Kaufleuten, Handelsgesellschaften und Genossenschaften aufstellt, so ist nicht wohl anzunehmen, daß der Gesetzgeber mit der weiten Fassung des §.: „Hat Jemand eine Niederlassung" hinter den angeführten Artikeln der bayr. Prozeßordnung zurückbleiben wollte.

Eben deßhalb wird auch anzunehmen sein, daß der Gerichtsstand der Niederlassung nach Abs. 2 nicht blos für physische Personen Platz greife, sondern auch dann zur Anwendung kommen könne, wenn juristische Personen als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter ein Gut bewirthschaften.

In der That wäre auch die gesetzgeberische Ratio nicht zu erfinden, zufolge welcher §. 22 auf physische Personen eingeschränkt sein sollte, um so weniger, als die Gesetzgebung keine Veranlassung genommen hat, den Abs. 3 des §. 38 des Reichsbankgesetzes vom 14. März 1875 zu beseitigen, welcher lautet:

> „Gegen die Reichsbankhauptstellen und Bankstellen können alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb derselben Bezug haben, bei dem Gerichte des Orts erhoben werden, wo die Zweiganstalt errichtet ist." (Vgl. auch Lothar Seuffert, Commentar zu §. 22 Nr. 6).

3) Nicht jede Niederlassung genügt zur Begründung des Gerichtsstandes, also nicht jede zum Zwecke des Geschäftsbetriebes getroffene dauernde Einrichtung von Räumen, Anstellung von Agenten, Handlungsgehilfen, Dienstpersonal und dgl. m. Vielmehr wird vorausgesetzt, daß von der Niederlassung aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden. Der unmittelbare Geschäftsabschluß der Niederlassung besteht darin, daß die eine der das Geschäft herstellenden verbindlichen Willenserklärungen von den Organen der Niederlassung ausgeht. Den Gegensatz hiezu würde die Thätigkeit der Geschäftsvermittlung bilden, durch welche nur die beiderseitigen Willenserklärungen einander nahe gebracht werden. Es wird darum insbesondere bei sogen. Agenturen immer erst zu prüfen sein, ob dieselben Vollmacht zum Geschäftsabschluß haben oder nur zur Entgegennahme von Offerten, die von dem Inhaber des Geschäftes selbst verbeschieden werden.

4) Auch wenn die Niederlassung unmittelbare Geschäfte schließt, können doch nur jene Klagen vor dem Gerichte der Niederlassung angebracht werden, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben. Nicht alle Klagen aus den von der Niederlassung geschlossenen Geschäften gehören hieher. Wenn z. B. einer Niederlassung lediglich der Betrieb des Einkaufsgeschäftes zugewiesen ist, so kann die Klage aus einem ausnahmsweise auf Grund Specialmandats durch die Niederlassung geschlossenen Verkaufsgeschäfte nicht vor dem Gerichte der Niederlassung gestellt werden.

5) Abs. 2 des Paragraphen legt den Nachdruck auf die Thatsache der Bewirthschaftung, nicht auf den Titel zur Bewirthschaftung, der vielmehr ein

dingliches oder obligatorisches Verhältniß sein kann. Deßhalb würde ein Afterpächter z. B. vor dem Gerichtsstande dieses Absatzes nicht zu belangen sein, wohl aber derjenige Eigenthümer etc., der die Bewirthschaftung durch Inspektoren, Gutsverwalter etc. auf seine Rechnung bethätigt. Vgl. Lothar Seuffert zu §. 22 Nr. 3. Gegenstand der Bewirthschaftung muß ein Gut sein, das mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehen ist. Ungenügend wäre das Eine oder das Andere allein.

Die vor diesem Forum anzubringenden Klagen müssen sich auf Rechtsverhältnisse beziehen, welche die Bewirthschaftung des Gutes betreffen. Welche Rechtsverhältnisse hieher zu zählen sind, ist Thatfrage. Wernz in seinem Commentar zur bayr. Prozeßordnung zählt zu dem mit §. 22 Abs. 2 congruirenden Art. 26 als solche Rechtsverhältnisse auf: „Anschaffung von Werkzeugen, Stoffen u. s. w. zu Wirthschaftszwecken, Herstellung und Einrichtung von Wirthschaftsgebäuden, endlich Absatz der Produkte — kurz alles das, was, falls die Bewirthschaftung eines Gutes ein Handelsgewerbe sein könnte, als Handelsgeschäft zu betrachten sein würde." Keinesfalls können hier wie im Abs. 1 andere als persönliche Klagen in Betracht kommen. Denn Geschäftsbetrieb und Gutsbewirthschaftung sind selbst so persönliche Thätigkeiten, daß sie nicht die Grundlage von dinglichen Rechtsverhältnissen abgeben können.

6) Die Dauer des Gerichtsstandes der Niederlassung bestimmt sich durch die Dauer der Niederlassung selbst. Es gilt daher dieser Gerichtsstand nicht etwa für die während der Dauer der Niederlassung begründeten Rechtsverhältnisse auch nach Aufhebung der Niederlassung fort. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Paragraphen: „Hat Jemand etc." und „welche bewirthschaften." S. auch Wernz, Commentar zur bayr. Pr.-O. Art. 26 Nr. 1. Selbstverständlich aber hat die Aufhebung der Niederlassung keine Wirkung auf die Rechtshängigkeit (cf. §. 235 Ziffer 2).

---

§. 23.

Das Gericht, bei welchem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereine den allgemeinen Gerichtsstand haben, ist für die Klagen zuständig, welche von denselben gegen ihre Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden.

Motive: „Der §. 23 enthält einen besonderen Gerichtsstand für Streitigkeiten aus gesellschaftlichen und genossenschaftlichen Verhältnissen, in-

dem er im Anschlusse an die Vorschriften des §. 19 bestimmt, daß Gemeinden, Körperschaften, Gesellschaften, Genossenschaften und andere Personenvereine bei dem Gerichte, in dessen Bezirke sie ihren Sitz und folgeweise ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, Klagen gegen ihre Mitglieder als solche erheben können (Code de procédure civile art. 59, Bayern Art. 16, Baden §. 30, nordd. Entw. §. 55). In Uebereinstimmung mit diesen Gesetzgebungsarbeiten und in Anerkennung des sachlichen Grundes, auf welchem dieser Gerichtsstand beruht, soll das Gericht des §. 23 auch für solche Klagen der Gesellschafter zuständig sein, welche sie aus den Rechtsverhältnissen der Sozietät gegen einander anstellen."

1) Unter Personenverein hat man jedenfalls auch die Gewerkschaft zu denken, so daß die in diesem Paragraphen bezeichneten Klagen, wo es sich um eine Gewerkschaft handelt, an dem Gerichte zu stellen sind, in dessen Bezirk das Bergwerk liegt (§. 19 Abs. 2). Es unterliegt ja keinem Zweifel, daß die Gewerkschaft ein Personenverein ist, der selbstständig verklagt werden kann und §. 23 lautet ganz allgemein. Wenn der Wortlaut mit §. 19 Abs. 1 übereinstimmt und der Gewerkschaft in §. 19 Abs. 2 ihr Gerichtsstand besonders bestimmt wird, so hat dieß seinen Grund nicht darin, daß etwa die Gewerkschaft nicht als Genossenschaft oder anderer Personenverein betrachtet würde, sondern lediglich in dem Umstande, daß für sie der „Sitz" in besonderer Weise festgestellt wird.

2) Nur gegen Mitglieder des Personenvereins als solche kann im Forum dieses Paragraphen geklagt werden. Wo daher für die Personenvereine besondere, wenn auch aus Mitgliedern zusammengesetzte Aufsichts- oder Verwaltungsorgane bestehen — z. B. der Vorstand der Aktiengesellschaft — da kann gegen diese in ihrer Eigenschaft als Organe des Vereins vor diesem Forum nicht geklagt werden. Ebensowenig ist dieß zulässig gegen Beamte, Bedienstete des Vereins als solche, selbst wenn sie zugleich Mitglieder sind. Für Verwaltungsorgane ist unter Umständen das Forum des §. 31 gegeben. Nur da, wo die Eigenschaft als Organ des Personenvereins mit der Mitgliedeigenschaft verbunden ist und besondere Pflichten nicht begründet, trifft das Forum dieses Paragraphen unterschiedslos für die geschäftsleitenden Mitglieder des Personenvereins zu, z. B. für die geschäftsführenden Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft, für die nur eine andere Art von Thätigkeit als für die übrigen Gesellschafter, nicht aber eine andere Pflicht sich ergibt. (S. Art. 94 des allg. DHGB. Vgl. auch Lothar Seuffert, Commentar zu §. 23 Nr. 2.)

Fraglich kann es erscheinen, ob auch gegen ausgeschiedene Mitglieder in dem Forum des Personenvereins geklagt werden könne auf Grund von

Rechtsverhältnissen, welche gegen sie durch ihre Mitgliedschaft entstanden sind. Doch muß diese Frage bejaht werden. Denn einmal ergibt sich aus den Motiven die Absicht des Gesetzgebers, durch §. 23 zunächst die Art. 59 des Code de procédure civile, der bayer. CPO. Art. 16 und der badischen Prozeßordnung §. 30 zu copiren. Nun bestimmt aber der Code de procédure civile ganz allgemein a. a. O.: „.... le défendeur sera assigné .... en matière de société ... devant le juge du lieu où elle est établie", §. 30 der badischen Prozeßordnung: „In Gesellschaftssachen können Klagen der Gesellschafter unter sich .... bei dem Gerichte des Bezirks erhoben werden, in welchem sie (die Gesellschaft) ihre Niederlassung hat" und Art. 16 Abs. 3 der bayer. Prozeßordnung: „Klagen von Mitgliedern einer Körperschaft oder einer der in Abs. 2 bezeichneten Vereinignngen unter sich, welche die Verhältnisse der Körperschaft oder Vereinigung betreffen, können .... bei den nämlichen Gerichten (d. s. die Gerichte des Gesellschaftssitzes) angestellt werden." Man wird nun aber sagen müssen, daß zu den „Gesellschaftssachen" des Code civile auch diejenigen gehören, welche zwischen der Gesellschaft und einem ausgeschiedenen Mitgliede obschweben, und man wird nicht umhin können, die Klagen eines noch aktiven Mitgliedes gegen ein ausgeschiedenes Mitglied auf Erfüllung einer Obligation aus dem Gesellschaftsvertrage zu den Klagen zu zählen, welche die Verhältnisse der Gesellschaft betreffen. Dazu kommt noch der Schlußsatz in den Motiven, wonach das Gewicht darauf gelegt ist, daß aus den Rechtsverhältnissen der Sozietät von den Mitgliedern gegen einander geklagt wird. Auch läßt die Fassung des Gesetzes zu, unter den Mitgliedern als solchen diejenigen Personen zu verstehen, welche Mitglieder der Gesellschaft sind oder waren und zufolge der bestehenden oder früheren Mitgliedschaft belangt werden. Sieht man endlich auf die gesetzgeberische ratio, welche zur Aufstellung des Forum in §. 23 geführt hat, so wird dieser sachliche Grund, von dem die Motive sprechen, in dem Bedürfniß zu finden sein, daß Rechtsstreitigkeiten aus den Verhältnissen eines Personenvereins da ihre Erledigung finden, wo das Material für die Entscheidung am leichtesten und sichersten zu Gebote steht, nämlich am Sitze desselben. Dieses Bedürfniß dürfte aber bei Prozessen gegen ausgeschiedene Mitglieder mindestens in gleichem Maße empfunden werden als bei Prozessen gegen aktive Mitglieder eines Personenvereins und die Veranlassung zu solchen Prozessen wird sich überdieß gegen die ersteren häufiger bieten als gegen die letzteren. — Dann wird man aber die Konsequenz nicht ablehnen dürfen, daß auch die Erben der Mitglieder im Gerichtsstande dieses Paragraphen klagen und beklagt werden können, wenn es sich um einen Anspruch handelt, der in der Mitgliedschaft des Erblassers seinen Grund hat.

3) Nur von dem Personenverein oder von dessen Mitgliedern als solchen kann in dem Forum des Personenvereins geklagt werden. Ausgeschlossen von diesem Forum sind darum alle Klagen Dritter gegen Mitglieder als solche. Ueber die Interpretation des Begriffes „Mitglieder" gilt auch auf der Klägerseite das zu Nr. 2 Bemerkte.

4) Nach Auflösung des Personenvereins fällt regelmäßig das Forum des Paragraphen hinweg aus dem einfachen Grunde, weil dessen Voraussetzung, die Existenz eines allgemeinen Gerichtsstandes des Vereines selbst, nicht mehr vorliegt. Ausnahmsweise bleibt dieses Forum bestehen, wo entweder nach Reichsgesetzen (vgl. §. 49 Abs. 2 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juni 1868, Art. 144 Abs. 2 und 172 des allg. Deutschen HGB.) oder nach Landesgesetzen (vgl. §. 15 Ziffer 2 des EG. zur CPO.) der Gerichtsstand eines Personenvereins nach dessen Auflösung bis zur vollendeten Liquidation aufrechterhalten ist. (A. M. Wernz zu Art. 16 der bayr. CPO.)

5) Die Fassung des §. 23 ergibt, daß auch dieser nur einen fakultativen Gerichtsstand aufstellt.

---

§. 24.

Für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, welche im Deutschen Reich keinen Wohnsitz hat, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke sich Vermögen derselben oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet. Bei Forderungen gilt als der Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners und, wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet, auch der Ort, wo die Sache sich befindet.

Motive: „Gegenüber den neuen Grundsätzen, auf denen die §§. 13 und 18 des Entwurfs beruhen, hat der durch §. 24 zugelassene Gerichtsstand des Vermögens seine besondere Bedeutung. Gegen eine Person, welche in Deutschland keinen Wohnsitz hat, sollen nach §. 24 Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche bei dem Gerichte erhoben werden können, in dessen Bezirke sich Vermögen jener Person oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet. Diese Vorschrift schützt die Gläubiger der im Auslande wohnenden oder im Inlande ohne Domizil sich umhertreibenden Schuldner und ist ein bewährter Satz des preußischen Prozeßrechts — §. 25 der Allg. Ger.-Ordn. Th. I Tit. 2 Anh. §. 34 —. Gleicherweise bestimmen die Prozeßordnungen für Braunschweig §. 26, Oldenburg Art. 15,

Bayern Art. 19 und Württemberg Art. 34 für die Schuldner ohne Wohnsitz und ohne Aufenthaltsort. In der Ausdehnung des §. 24 ist dieses Forum dem gemeinen Rechte und den meisten neueren Gesetzgebungsarbeiten nicht bekannt und es stehen ihr insofern legislative Bedenken entgegen, als bei zerstreuten Vermögensstücken eine große Zahl von Gerichtsständen begründet sein kann, und jedes geringfügige, vielleicht nur zufällig zurückgelassene Vermögensstück einen Gerichtsstand herbeizuführen vermag. Auf der anderen Seite macht aber die Zulassung dieses Gerichtsstandes denjenigen des Arrestes entbehrlich und dient deshalb zur Vereinfachung der die Gerichtsstände betreffenden Vorschriften. Da der Gerichtsstand des §. 24 vorzugsweise den Zweck hat, daß die im Inlande vorhandenen Vermögensstücke als Gegenstände der Zwangsvollstreckung benutzt werden können, so rechtfertigt sich die Beschränkung dieses Gerichtsstandes auf Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche. Da ein Vermögensgegenstand auch mit einer dinglichen Klage in diesem Gerichtsstande in Anspruch genommen werden kann, so bietet derselbe in Betreff beweglicher Sachen in gewissem Sinne einen Ersatz für das auf unbewegliche Sachen beschränkte Forum der belegenen Sache. Der zweite Satz des §. 24 hat den Zweck, einen in der preußischen Praxis hervorgetretenen Zweifel zu beseitigen. Das Ober-Tribunal hatte in der vielfach als unpraktisch angefochtenen Entscheidung vom 3. Dez. 1848 entgegengesetzt erkannt (Entscheidungen des Obertribunals Bd. 19 S. 433)."

1) Ueber den Begriff der vermögensrechtlichen Ansprüche s. oben zu §. 2 Nr. 2.

2) Für Klagen gegen eine Person, welche im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat, besteht der Gerichtsstand des Vermögens. Hat man unter „Person" auch die juristische Person zu verstehen? Faßt man zunächst den Sprachgebrauch des Gesetzes in's Auge, so steht dieser dem ersten Anscheine nach der Annahme entgegen, daß unter der „Person" auch die juristische verstanden werden müsse. Arg. §. 18 in Vergleich mit §. 19 Abs. 1, vv.: „der allgemeine Gerichtsstand einer Person" und „der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden ꝛc." s. auch §. 18 arg. vv. „wird durch den Aufenthaltsort . . . bestimmt", ferner vgl. den Gegensatz von Wohnsitz und Sitz in §§. 13 und 19 und die Voraussetzung des §. 24, daß der Beklagte keinen Wohnsitz in Deutschland habe.

Auch die abgedruckten Motive scheinen die juristische Person durchaus nicht zu berücksichtigen, wenn sie in der Vorschrift des §. 24 einen Schutz der Gläubiger gegen die im Auslande wohnenden oder im Inlande ohne Domizil sich umhertreibenden Schuldner erblicken.

Nichtsdestoweniger komme ich zu der — zweifellos im Interesse der

Gläubiger ausländischer Institute allgemeiner Anerkennung bedürftigen — Ansicht, daß §. 24 nicht blos auf physische Personen, sondern auch auf juristische Personen bezw. auf Anstalten und dgl. sich beziehe.

Was zunächst den Sprachgebrauch des Gesetzes betrifft, so darf auf denselben schon deshalb kein allzugroßes Gewicht gelegt werden, weil er sich gerade mit Rücksicht auf das Wort „Person" innerhalb des Titels von dem Gerichtsstande nicht gleich bleibt. So bestimmt §. 12, daß das Gericht, bei welchem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, für alle gegen dieselbe zu erhebenden Klagen zuständig sei. Trotzdem wird Niemand bestreiten, daß das in §. 19 als allgemeiner Gerichtsstand von Gemeinden, Korporationen ꝛc. bezeichnete Gericht ebenfalls für alle gegen diese juristischen Personen zu erhebenden Klagen zuständig sei. Wenn nun §. 12 an der Spitze des Titels vom Gerichtsstande die Bedeutung des allgemeinen Gerichtsstandes einer Person definirt, so muß darunter auch die juristische Person, überhaupt jegliche belangbare Existenz im Rechte begriffen sein.

Ferner bestärkt mich in dieser Annahme die von dem Gesetzgeber nicht als gewollt vorauszusetzende Unerträglichkeit der Konsequenzen, zu denen die entgegengesetzte Meinung gelangen müßte, wo im Vollstreckungsverfahren sich eine Anwendung des Gerichtsstandes nach §. 24 findet. So wird für die gerichtlichen Handlungen, welche die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte zum Gegenstande haben, das Vollstreckungsgericht als zuständig erklärt und als solches in Abs. 2 das Amtsgericht bezeichnet, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat und in Ermangelung dessen jenes Amtsgericht, bei welchem in Gemäßheit des §. 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann. Ferner bildet gemäß §. 660 Abs. 1 die Erlassung eines inländischen Vollstreckungsurtheils die Voraussetzung für die Zulässigkeit der Vollstreckung eines ausländischen Urtheils und wird durch §. 660 Abs. 2 für die Klage auf Erlassung dieses Vollstreckungsurtheils das Amts- oder Landgericht als zuständig erklärt, bei welchem in Gemäßheit des §. 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann. Man setze nun den Fall, daß ein Deutscher gegen eine im Auslande etablirte Versicherungsgesellschaft vor dem kompetenten ausländischen Gerichte ein Urtheil erwirkt habe. Wollte man den Gerichtsstand des §. 24 auf physische Personen beschränken, so müßte man die Vollstreckung dieses Urtheils im Inlande für unmöglich erklären, wenn die ausländische Anstalt auch noch so viel Vermögen im Inlande besäße. Oder auch angenommen, die ausländische Anstalt hätte im Inlande den Gerichtsstand der Niederlassung (§. 20 Abs. 1) und es wäre hier gegen sie Urtheil erwirkt. Als Vollstreckungsobjekte befänden sich im Inlande nur die

Prämienforderungen der Anstalt gegen die versicherten Inländer. Sollte nun die Vollstreckung bethätigt werden, so müßte die Mitwirkung des Vollstreckungsgerichts in Anspruch genommen werden. Da aber von einem allgemeinen Gerichtsstande der ausländischen Anstalt im Deutschen Reiche nicht die Rede sein kann, so wäre auch in diesem Falle die Vollstreckung in Deutschland unmöglich, wenn der Gerichtsstand des §. 24, der nach §. 729 Abs. 2 eintreten sollte, nur für physische Personen bestände.

Derartige Konsequenzen können um so weniger zugelassen werden, als die CPO. unter dem „Schuldner" in den §§. 651, 652 Abs. 2, 659, 660, 661 Z. 4, 665, 666 Abs. 2, 669 Abs. 2, 729 Abs. 2 u. a. m. zweifellos auch juristische Personen versteht, man müßte denn die Absurdität statuiren wollen, daß gegen solche überhaupt eine Vollstreckung unzulässig sei, was überdies im Widerspruche mit §. 15 Ziff. 4 des EG. zur CPO. stehen würde.

Schließlich kommt in Betracht, daß die CPO. sich zur Bezeichnung der Prozeßparteien regelmäßig der Personifikation bedient, während doch Niemand zweifeln kann, daß auch die juristische Person als Prozeßpartei gemeint ist. Vgl. §§. 35 „Kläger", 39 „der Beklagte", 57, 64, 63, 64 „der Nebenintervenient, 65—68, 650 „der Gläubiger", 674, 700 und unzählige andere. Abwechselnd wird auch die neutrale Bezeichnung „Partei" gebraucht; s. §§. 68, 69, 71, 74, 669, 670 u. a. m., und ohne Hervorhebung irgend eines Unterschiedes wird in demselben Sinne sogar von „Personen" gesprochen, z. B. in §. 671 (bayr. PO. Art. 19 s. Schmitt, System II §. 56).

3) Der Gerichtsstand des Vermögens kann mit dem des Aufenthaltes (§. 18), des Vertrages (§. 29), der Niederlassung (§. 22), des Meß- und Marktortes (§. 30), der geführten Verwaltung (§. 31), des begangenen Delikts (§. 32) und der Gebühren (§. 34) konkurriren.

4) Voraussetzung des Gerichtsstandes ist: entweder daß im Gerichtsbezirke Vermögen der beklagten Partei sich befinde, oder daß der mit der (dinglichen oder persönlichen) Klage in Anspruch genommene Gegenstand dort vorhanden sei. Die letztere Voraussetzung macht eine Coincidenz dieses Gerichtsstandes mit dem der belegenen Sache (§. 25) möglich. Gleichgiltig ist es, ob der beanspruchte Gegenstand der beklagten Partei gehört oder nicht. Das Gericht ist demnach zuständig, wenn z. B. auf Herausgabe einer fremden geliehenen Sache, die sich im Gerichtsbezirke befindet, geklagt wird, oder auf Tradition einer gekauften Sache, die dem Verkäufer gar nicht gehörte.

5) Der letzte Satz des §. 24 bezeichnet zunächst als Ort, wo das Vermögen liegt, im Falle es in obligatorischen Rechten besteht, den Wohnsitz des Schuldners in der Obligation (Drittschuldners); sodann für den Fall,

daß die Forderung durch Pfandrecht gesichert ist, den Ort, wo die Pfandsache liegt.

Unentschieden durch das Gesetz bleibt sonach die Frage, welches der Ort sei, wo das in Forderungen bestehende Vermögen liegt, wenn der Drittschuldner keinen Wohnsitz hat. Für diesen Fall wird der Ort als Sitz der Forderung zu erachten sein, wo Erfüllung derselben verlangt werden kann, dahin führt die natürliche Betrachtung. Nur der kann sagen, er habe irgendwo eine Forderung, der dort deren Erfüllung verlangen kann. Die Bestimmung des §. 24 wollte nur insoweit von dieser natürlichen Anschauung abgehen, als der Drittschuldner einen Wohnsitz hat.

6) Der Gerichtsstand ersetzt, wie die Motive sagen, den Gerichtsstand des Arrestes. Dieser Zweck wurde auch in der Reichstagskommission festgehalten und ein auf das forum arresti rekurrirender Antrag Krauser abgelehnt (KProt. S. 9, 10 und 17).

7) Zur Begründung des Gerichtsstandes genügt auch ein im Auslande entstandener vermögensrechtlicher Anspruch. Ein Antrag Krause's in der Reichstagskommission, der in dieser Richtung auf Beschränkung des Gerichtsstandes abzielte, wurde ebenfalls abgelehnt (Komm.-Prot. S. 9, 10 und 18).

8) Die Vollstreckbarkeit eines im Gerichtsstand des §. 24 erwirkten Urtheils ist eine unbeschränkte. Ein Antrag des Abg. Bähr in der Reichstagskommission, der solche Urtheile nur in das Vermögen vollstrecken lassen wollte, auf dessen Vorhandensein die Zuständigkeit gegründet wurde, fand nicht die Zustimmung der Kommission. (Komm.-Prot. S. 9, 10 und 15).

---

§. 25.

Für Klagen, durch welche das Eigenthum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Theilungs- und Besitzklagen ist, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirke die Sache belegen ist.

Bei den eine Grunddienstbarkeit oder eine Reallast betreffenden Klagen ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend.

§. 26.

In dem dinglichen Gerichtsstande kann mit der hypothekarischen Klage die Schuldklage, mit der Klage auf Löschung einer Hypothek die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbind-

lichkeit, mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast die Klage auf rückständige Leistungen erhoben werden, wenn die verbundenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind.

§. 27.

In dem dinglichen Gerichtsstande können persönliche Klagen, welche gegen den Eigenthümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet werden, sowie Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks oder in Betreff der Entschädigung wegen Enteignung eines Grundstücks erhoben werden.

Motive: „Die §§. 25—27 handeln von dem dinglichen Gerichtsstande. Der Entwurf hat diesen Gerichtsstand nur für unbewegliche Sachen anerkannt und in Betreff der im §. 25 aufgeführten Klagen für einen ausschließlichen erklärt. Darin entspricht der Entwurf der preuß. AGO. I. 2, §§. 107, 116, dem Code de proc. art. 3, 59, den Prozeßordnungen von Württemberg Art. 45 und Bayern Art. 21, dem preußischen Entw. §. 21, hannov. Entw. §. 17, sächs. Entw. §. 75, nordd. Entw. §§. 56, 58. Nach den Prozeßordnungen von Hannover §. 8, Oldenburg Art. 19 §. 1, Baden §. 26, ist der Gerichtsstand der belegenen Sache bloß elektiv. Die auch dem kanonischen Rechte und dem älteren deutschen Gerichtsgebrauche entsprechende Ausschließlichkeit des dinglichen Gerichtsstandes für die Klagen des §. 25 rechtfertigt sich durch Gründe des internationalen Rechts — Protokolle der hannoverschen Prozeß-Kommission Bd. I S. 437 ff. — und durch die Erwägung, daß eine richtige Würdigung und eine sichere Feststellung der Rechtsverhältnisse des Grundeigenthums vorzugsweise von dem Richter der belegenen Sache zu erwarten ist. Unter dem Ausdrucke „Besitzklagen" sind die sämmtlichen Besitzklagen mit Einschluß der interdicta adipiscendae possessionis verstanden worden. Hinsichtlich der Klagen, welche Servituten und Reallasten betreffen, ist die Vorschrift aufgenommen, daß der dingliche Gerichtsstand — sowohl für die actio confessoria, als für die actio negatoria — durch die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks bestimmt werde. Dieser Grundsatz, welcher hinsichtlich der negatorischen Klage in der preußischen Praxis bezweifelt worden ist (Reskript vom 10. April 1840, Just.-Min.-Bl. 1840 S. 146; dagegen Koch, Civilprozeßrecht Bd. 2 S. 45 Anm. 33), stimmt mit dem gemeinen Rechte und neueren Prozeßgesetzen (Hannover §. 8, Württemberg Art. 45, Bayern Art. 21) überein; behufs Herbeiführung einer gleichmäßigen Anwendung des Gesetzes erschien es angemessen, den Grundsatz gesetzlich festzustellen.

„Der §. 26 gewährt dem Kläger in Uebereinstimmung mit dem hannov.

Entw. §. 17 und mit Württemberg Art. 45 nur das Recht, im dinglichen Gerichtsstande mit einzelnen Klagen, durch welche eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, die konnexen persönlichen Klagen zu verbinden, insoweit sie gegen denselben Beklagten gerichtet sind. Der preuß. Entw. §. 22 und der nordd. Entw. §. 59 haben diese letztere Beschränkung nicht. Eine Ausdehnung auf den Fall der Erhebung der Klagen gegen verschiedene Personen ist durch ein praktisches Bedürfniß nicht geboten, aus inneren Gründen nicht genügend gerechtfertigt und aus prozessualischen Rücksichten wegen der Gefahr, daß durch Klagenhäufung eine Verwirrung des Verfahrens herbeigeführt werde, nicht zu billigen.

„Das Motiv, welches für die Geltendmachung dinglicher Rechte den Gerichtsstand der belegenen Sache rechtfertigt, ist auch hinsichtlich der in §. 27 beregten actiones in rem scriptae zutreffend. Hinsichtlich der Klagen wegen Ersatz des einem Grundstücke zugefügten Schadens ist dieser Gerichtsstand erfahrungsgemäß für diejenigen, welche auf Ersatz des Schadens einen Anspruch haben, von Wichtigkeit. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit ist ferner das dingliche Forum für Klagen auf Entschädigung wegen Expropriation eines Grundstücks zu billigen (vgl. Reichsgesetz vom 21. Dezember 1871, betreffend die Beschränkung des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen §. 42)."

1) Der Gerichtsstand des §. 25 setzt zunächst voraus, daß die dort genannten Klagen unbewegliche Sachen betreffen. Der Begriff der unbeweglichen Sache bestimmt sich nach dem geltenden Civilrechte. Wie dort der Begriff der Sache über die körperliche Sache hinausgeht, so auch der der unbeweglichen Sache (vgl. Gerber, System des deutschen Privatrechts §. 58 Nr. 2). So erscheinen als unbewegliche Sachen z. B. nach sächsischem bürgerlichen Rechte (s. bürgerl. Gesetzbuch §. 60): alle Rechte an unbeweglichen Sachen mit Ausnahme der Hypotheken und alle Rechte, welche mit einer unbeweglichen Sache verbunden sind. Nach württembergischen Rechte gehören zu den Immobilien die dinglichen Rechte an unbeweglichen Sachen mit Ausnahme der Hypotheken (vgl. Reyscher, württemb. Privatr. Bd. I §. 225). Nach preußischem Rechte zählen nur diejenigen Rechte zu den Immobilien, bei welchen die Befugniß der Ausübung mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden oder welchen durch ein ausdrückliches Gesetz diese Eigenschaft beigelegt ist (vgl. v. Roth, bayr. Civilrecht II §. 110). Nach französischem Recht (Code civil Art. 526) sind unbeweglich: der Nießbrauch an unbeweglichen Sachen, Servituten oder Grunddienstbarkeiten, Klagen, welche zum Zwecke haben, eine unbewegliche Sache zu vindiziren.

Gemeinrechtlich sind den Immobilien diejenigen Rechte gleichgestellt,

welche sich auf unbewegliche Sachen beziehen (v. Roth a. a. O. und Windscheid, Pand. §. 135 Anm. 5).

Auch bewegliche Sachen können als unbeweglich in Betracht kommen, wenn sie als Pertinenzen von Immobilien zu würdigen sind, da die Pertinenz den rechtlichen Charakter und das rechtliche Schicksal der Hauptsache theilt. So könnte also auch für bewegliche Sachen das Forum des §. 25 begründet sein, wenn z. B. bewegliche Sachen als Pertinenzien eines Immobile vindizirt würden. Dagegen muß die Mobiliarklage, die gegen denselben Beklagten gerichtet ist, wie die Immobiliarklage, getrennt von dieser vor dem zutreffenden Forum gestellt werden (s. Lothar Seuffert, Commentar §. 25 Nr. 7. Arg. §. 232 Abs. 1).

Nicht vor das dingliche Forum gehört die hereditatis petitio als Vindikation des Erbrechts, da dieses nicht als Immobile erachtet werden kann. Wohl aber ist für Klagen aus letztwilligen Singularsuccessionen dieses forum begründet, soferne dieselben zu den in §. 25 aufgezählten Klagarten gehören und Immobilien betreffen, z. B. die Vindikation eines legirten Immobile oder eines legirten Nießbrauchs an einem Immobile.

2) Die Klagen des §. 25 sind actiones in rem bezw. actiones mixtae mit Ausnahme der Klage auf Löschung der Hypothek gegen den eingetragenen Gläubiger, auf welche der dingliche Gerichtsstand auszudehnen ist. Dieß wird zwar im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber aus der rechtlichen Natur der Hypothek und ist stillschweigend anerkannt durch die Bestimmung des §. 26.

Wenn nämlich auch die Löschung der Hypothek eine obligatorische Verbindlichkeit des befriedigten Hypothekgläubigers ist, so besteht doch das Fundament der Klage, mit der diese Verbindlichkeit zur Anerkennung gebracht wird, in der Behauptung, daß die dingliche Last der Hypothek rechtlich nicht bestehen könne; es wird m. a. W. dadurch die Freiheit von einer dinglichen Last geltend gemacht.

Diese Anschauung entspricht wohl allen Hypothekengesetzgebungen, so verschieden sie im Einzelnen gestaltet sein mögen. (Vgl. z. B. Preuß. Eigenthumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 §. 60. Bayr. Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 §. 80. Sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §§. 454—465. Badisches Landrecht Art. 2180 cf. 2160, 2161. Nassauisches Pfandgesetz §§. 39, 40 [s. Bertram, nassauisches Privatrecht §§. 358, 359]. Für Mecklenburg s. Deutsches Hypothekenrecht, herausgegeben von Meibom 2. Bd. §. 35). —

Wenn ferner §. 26 im unmittelbaren Anschluß an §. 25 die Verbindung der Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit mit der Löschungsklage ohne weitere Beschränkung vor dem dinglichen Gerichtsstande zuläßt, so muß der Gedanke des Gesetzgebers gewesen sein, daß die Löschungs-

klage an sich immer vor den dinglichen Gerichtsstand gehöre. Anders nach Art. 23 der bayr. PO.; s. Wernz hiezu.

Zu den actiones in rem gehört nach Preuß. Landr. auch die Klage des Miethers und Pächters gegen dritte Besitzer des Miethobjekts (Förster, Pr. Priv.-R. II §. 136).

3) Unter den Theilungsklagen, die im Abs. 1 genannt sind, dürfen die Erbtheilungsklagen nicht mitverstanden werden, selbst wenn die Erbschaft größtentheils, ja sogar wenn sie ausschließlich in Immobilien bestünde. Dieß ergibt sich aus §. 28 Abs. 1, wonach die Klagen, welche die Theilung der Erbschaft zum Gegenstande haben, vor einem anderen forum angebracht werden können, während doch der Gerichtsstand des §. 25 als ausschließlicher bezeichnet wird. Vgl. die Motive zu §. 28.

In welchem Umfange der Gesetzgeber sich die „Besitzklagen" vorgestellt hat, ist aus den Motiven zu diesem Paragraphen ersichtlich. Entscheidend für die Zuständigkeit ist bei Besitzklagen naturgemäß immer das Grundstück, um dessen Besitz gestritten wird.

4) Die Lage des im Rechtsstreite befangenen Immobile bestimmt die Zuständigkeit des Gerichts. Es ist nun möglich, daß das Immobile in verschiedenen Gerichtsbezirken liegt. Dieser Fall ist in §. 36 Ziff. 4 vorgesehen.

Ist eine Grunddienstbarkeit oder Reallast Streitobjekt, so entscheidet die Lage des dienenden oder belasteten Grundstückes.

5) Die Ausschließlichkeit des dinglichen Gerichtsstandes bewirkt Unzulässigkeit der Vereinbarung eines anderen Gerichtsstandes (§. 40 Abs. 2) und die Unmöglichkeit, von dem Gerichtsstande der Widerklage Gebrauch zu machen, wenn das Immobile nicht selbst im Bezirke des forum der Hauptklage belegen (§. 33 Abs. 2), m. a. W. wenn nicht dieses zugleich forum rei sitae ist.

Unzulässig erscheint mir der Versuch, der Ausschließlichkeit des forum rei sitae nur die Bedeutung beizulegen, daß sie den anderswo Beklagten zur Geltendmachung der exceptio fori incompetentis in den Stand setzte, dagegen ausdrückliche und stillschweigende Prorogation nicht verhindere, gänzlich inkonsequent überdieß die von dieser Auffassung abweichende Meinung bezüglich der §§. 755 und 839 Abs. 2, wonach der dort genannte ausschließliche Gerichtsstand der belegenen Sache allerdings absolute Natur haben und daher Berücksichtigung ex officio erheischen soll. (So Sieben-haar, Commentar zu §. 25 S. 64.) — Ebensowenig kann die Zulassung einer Concurrenz des forum hereditatis (§. 28) mit dem forum rei sitae als mit der Ausschließlichkeit des letzteren Gerichtsstandes verträglich erachtet werden. (A. M. Uebel, Commentar zu §§. 25—27 S. 30 Nr. 3.)

6) Die Klage auf Löschung einer Hypothek wird der Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit gegenübergestellt als eine zum dinglichen Gerichtsstande gehörige Klage (vgl. das zu Nr. 2 Ausgeführte), weil durch sie die Freiheit von einer dinglichen Belastung geltend gemacht wird. Dieß wird nur dann nicht zutreffen, wenn die Löschungsklage nicht gegen den eingetragenen Hypothekgläubiger gerichtet ist, wenn sie also lediglich als Forderungsklage erscheint und nur Verurtheilung des Beklagten zur Bewirkung der Löschung bezweckt. —

Aus der Fassung des §. 26 ergibt sich gegenüber §. 25 die fakultative Natur des abgeleiteten dinglichen Gerichtsstandes und weiter liegt darin ein Beleg auch dafür, daß dingliche Klagen wegen beweglicher Sachen gegen denselben Beklagten nicht durch Klagenhäufung vor das forum rei sitae gebracht werden können. S. oben zu Nr. 1 S. 123.

7) a) Das forum rei sitae wird in §. 27 zunächst als fakultatives Forum für solche Klagen erklärt, welche gegen den Eigenthümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet werden. Solche Klagen sind nach gemeinem Rechte z. B. actio quod metus causa, ad exhibendum, aquae pluviae arcendae, Klage auf Bestellung der cautio damni infecti; ferner zählt hieher die Klage aus der Reallast gegen den jeweiligen Besitzer des belasteten Immobile (Sache oder Recht). Nicht hieher gehören die Klagen, welche entstanden sind nur aus Anlaß eines Besitzes und fortbestehen auch nach Aufgabe des Besitzes, z. B. Ersatzklagen des negotiorum gestor gegen den Grundbesitzer wegen Auslage der Grundsteuern (cf. Wernz, Commentar z. bayr. CPO. S. 57 Nr. 9). Es ist vielmehr für die in §. 27 gemeinten Klagen gegen den Eigenthümer oder Besitzer als solchen gemeinsame Voraussetzung, daß zur Zeit der Klagstellung das Eigenthum oder der Besitz des Beklagten noch besteht. Das Aufhören von Besitz oder Eigenthum nach der Klagszustellung ist für die einmal begründete Zuständigkeit gleichgültig (§. 235 Ziff. 2). Das preußische Recht kennt als actio in rem scripta auch die Retraktsklage (s. Förster, Pr. Pr.-R. §. 189).

b) Auch Klagen wegen Beschädigung eines Grundstückes können vor dem forum rei sitae erhoben werden. Dabei ist es gleichgültig, ob die Beschädigung aus einem Delikt herrührt, in welchem Falle das forum rei sitae mit dem forum delicti commissi coincidiren wird (§. 32), oder aus irgend welchen anderen Umständen, für welche der Beklagte verantwortlich ist, z. B. aus dem Einsturz des Gebäudes, für welches cautio damni infecti versprochen war oder wegen schadenbringender Einwirkung auf ein Grundstück im Sinne des interdictum quod vi aut clam, aus der Beschädigung durch zahme Thiere contra naturam sui generis (actio de pauperie) oder

durch Abweiden (actio de pastu), aus dem Wildschaden rc. Auf die Fälle des Wildschadens wurde in den Verhandlungen der Reichstagskommission von dem Direktor des Reichskanzleramtes ausdrücklich verwiesen, um den Antrag Krause auf Beseitigung der Worte „wegen Beschädigung eines Grundstückes" zu bekämpfen, weil er diejenigen Fälle unberücksichtigt lasse, in denen, ohne daß man von einem Delikt sprechen könne, Beschädigungen von Grundstücken vorkämen (s. Komm.-Prot. S. 10).

c) Klagen in Betreff der Entschädigung wegen Enteignung eines Grundstückes nehmen an dem fakultativen forum rei sitae Theil. In einzelnen Fällen ist jedoch für diese Klagen das forum rei sitae ein exclusives; nemlich:

α) für die nach den §§. 40 und 41 des Reichsgesetzes, betreffend die Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen vom 21. Dezember 1871, anzustellenden Klagen ist nach §. 42 desselben Gesetzes das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirke das betreffende Grundstück gelegen ist. Diese Bestimmung wird durch die Bestimmungen der Civilprozeßordnung nicht berührt (vgl. §. 13 Abs. 1 des EG. zur CPO.). Freilich wird in §. 42 a. a. O. das Gericht der belegenen Sache nicht ausdrücklich als exklusiv zuständig bezeichnet und so findet sich denn auch bereits die Anschauung vertreten, §. 42 a. a. O. habe kein ausschließliches Forum aufstellen wollen. (Lothar Seuffert, Commentar zu §. 27 Nr. 2 und, wie es scheint, auch Struckmann und Koch, Commentar zu §. 27 Nr. 3.) Allein es ist nicht abzusehen, weßhalb §. 42 Abs. 2 a. a. O. die Zuständigkeit des Gerichts der belegenen Sache nicht etwa zuläßt, sondern besonders anordnet mit den Worten: „Zuständig ist das Gericht rc.", wenn daneben noch der allgemeine Gerichtsstand des Reichsfiskus hergehen sollte.

β) soferne die Landesgesetze die Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes bestimmen. Dieß ergibt sich aus §. 15 Ziff. 2 a. E. des EG. zur CPO.: „Unberührt bleiben .... 2) die landesgesetzlichen Vorschriften .... über das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen." Die Motive zu §. 12 des Entwurfs eines EG. zur CPO. i. e. §. 15 des EG. (Offizielle Ausgabe S. 486, Kortkampf'scher Abdruck S. 593) bemerken zu Ziff. 2: „Hervorzuheben ist dabei, daß hier wie bei den weiteren landesgesetzlichen Vorbehalten des §. 12 unter dem Verfahren auch die Bestimmungen über den Gerichtsstand .... begriffen sind." Demnach bleibt z. B. für Bayern die Ausschließlichkeit des forum rei sitae für Expropriationsprozesse bestehen, wie es in Art. 6 Abs. 3 des EG. zur bayr. CPO. vom Jahre 1869 angeordnet ist, auf welchen die Motive zu §. 12 a. a. O. verweisen (Offizielle

Ausgabe S. 487; Kortkampf'scher Abdruck S. 594). (S. Schmitt, System des bayr. Civicprozesses I §. 102 Nr. 5 S. 300.) Selbstverständlich muß die Fassung dieses Artikels: „Zuständig ist das Bezirksgericht ꝛc." eine Aenderung im Sinne des GVG. erfahren.

8) Der ausschließliche dingliche Gerichtsstand gilt auch für die Exterritorialen (vgl. GVG. §. 20).

9) Nach §. 232 ist die Verbindung einer Klage des §. 25 mit einer des §. 27 gegen denselben Beklagten zulässig. Ausgenommen hievon sind nur die Fälle, wo der Beklagte exterritorial ist, weil für diese nur der ausschließliche dingliche Gerichtsstand aufrecht erhalten wird (s. Nr. 8).

---

§. 28.

Klagen, welche Erbrechte, Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen auf den Todesfall oder die Theilung der Erbschaft zum Gegenstande haben, können vor dem Gerichte erhoben werden, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

In dem Gerichtsstande der Erbschaft können auch Klagen der Nachlaßgläubiger aus Ansprüchen an den Erblasser oder die Erben als solche erhoben werden, wenn sich der Nachlaß noch ganz oder theilweise im Bezirke des Gerichts befindet, oder wenn mehrere Erben vorhanden sind und der Nachlaß noch nicht getheilt ist.

Motive: „Die Bestimmungen des §. 28 über den Gerichtsstand der Erbschaft stehen im Einklang mit dem Nürnberger Entw. §. 9, Baden §. 29, Bayern Art. 22, Württemberg Art. 48, dem preuß. Entw. §§. 25, 26 und dem hannov. Entw. §. 19.

„Mit den allegirten Gesetzen unterscheidet der Entwurf in Betreff der Dauer des Gerichtsstandes der Erbschaft zwischen den Klagen der Erben und Vermächtnißnehmer einerseits und zwischen den Klagen der Nachlaßgläubiger gegen den Erblasser und die Erben als solche andererseits. Für erstere gilt der Gerichtsstand der Erbschaft ohne Beschränkung. In diesen Fällen ist das Gericht, vor welchem der Erblasser seinen letzten allgemeinen Gerichtsstand hatte, recht eigentlich zum Erbschaftsgerichte berufen. Das Recht desselben ist für die Rechte der Erben und Legatare allgemein maßgebend, insoweit es sich nicht um die Succession in Güter handelt, welche von der Universalsuccession ausgeschlossen sind (Lehen, Stammgüter, Familienfideikommisse, Bauerngüter); vgl. Stobbe, Handbuch des deutschen Privat-

rechts I S. 214 ff. Gegenüber den Nachlaßgläubigern erscheint das Erbschaftsgericht nicht in gleicher Art als das naturgemäß kompetente Gericht. Vielmehr ist seine Zuständigkeit nur auf eine gewisse Zeit im Interesse der Rechtsverfolgung der Gläubiger erstreckt, so lange hierfür erhebliche Gründe vorliegen (hannov. Prot. II S. 454 bis 463, 489—499). Als solche sind anerkannt:

a) der Aufenthalt des Nachlasses im Bezirke des Nachlaßgerichts. Der Gerichtsstand dient zum Schutze der inländischen Nachlaßgläubiger gegen ausländische Erben eines inländischen Erblassers.

b) das Vorhandensein mehrerer Erben bis zur erfolgten Theilung. Es würde die Rechtsverfolgung der Gläubiger unbillig erschweren, wenn sie auch in diesem Falle vorab die Bestellung eines gemeinsamen Gerichtsstandes für die Erben besonders beantragen müßten.

„Nach der Entfernung, beziehungsweise Vertheilung des Nachlasses haben die Gläubiger, insoweit für den Anspruch nicht das Erbschaftsgericht aus anderen Gründen zuständig ist, dem Gerichtsstande der Erben in gleicher Weise zu folgen, wie demjenigen des Erblassers bei verändertem Domizile.

„Unter den Ansprüchen an die Erben als solche sind Ansprüche zu verstehen, welche nach dem Tode des Erblassers an die ungetheilte Erbschaftsmasse, z. B. durch Verträge der Erben als solcher, begründet werden (Verhandlungen der Nürnberger Kommission S. 61).

„Die im nordd. Entw. §. 60 Abs. 3 vorbehaltene abweichende Bestimmung der Landesgesetze — preuß. ALR. Thl. I Tit. 17 §. 132 — über die Fortdauer des Gerichtsstandes der Erbschaft zu Gunsten der Nachlaßgläubiger, wenn die Theilung des Nachlasses ohne Benachrichtigung derselben geschieht, erscheint nicht von genügender Bedeutung, um gegen das Interesse der Rechtseinheit aufrecht erhalten zu werden.

„Die Bestimmungen des hannov. Entw. §. 19 Abs. 4 und Württemberg Art. 48 Abs. 3, welche den ausschließlichen Gerichtsstand der belegenen Sache gegenüber demjenigen der Erbschaft reserviren, sind schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs — Prot. I S. 52 — absichtlich übergangen. Ohne Gefahr der Zersplitterung des Theilungsverfahrens lassen sich die unbeweglichen Sachen, welche der Universalsuccession unterliegen, der Verfügung des Erbschaftsgerichts nicht entziehen."

1) Als ein spezieller, aber ebenfalls fakultativer Gerichtsstand erscheint der Gerichtsstand der Erbschaft. Doch ist dieser Gerichtsstand nicht für alle Klagen, die auf den Eintritt eines Erbfalles gegründet sind, von den gleichen Voraussetzungen abhängig. Als Gerichtsstand der Erbschaft erscheint aber derjenige, welcher für den Erblasser der allgemeine Gerichtsstand

war, ohne Rücksicht auf den Grund des allgemeinen Gerichtsstandes. Es kann daher ebensowohl der Gerichtsstand des Wohnsitzes als der des Aufenthalts oder letzten Wohnsitzes oder der des abgeleiteten Wohnsitzes (§§. 13, 18, 17) als Gerichtsstand der Erbschaft in Betracht kommen. Bei einer Mehrheit von Wohnsitzen des Erblassers findet §. 35 Anwendung.

2) Vor diesem Gerichtsstand der Erbschaft können jederzeit alle Klagen erhoben werden, welche betreffen:

a) Erbrechte, d. i. Rechte, welche aus dem Titel der Erbfolge hergeleitet werden, also auf Universalsuccession in das Vermögen eines Verstorbenen beruhen. Darum wird unter den Erbrechten auch das Recht des Fiskus auf bona vacantia zu verstehen sein. Vgl. für das Gemeine Recht: Windscheid, Pand. III §. 570 Anm. 5 und §. 622 Anm. 1. Für Preußen s. Förster Pr. Pr.-R. IV §. 263 Nr. 11. Für Bayern s. v. Roth, bayr. Civilrecht III S. 649 ff. Für das französische Recht s. Zachariä, Handbuch IV §. 606 a. E. Erbrechte betreffen aber folgende Klagen: die hereditatis petitio, gleichviel ob die hereditatis petitio im engern Sinne oder die h. p. fideicommissaria; die querela inofficiosi testamenti, die Nullitätsquerel der Notherben, die Klagen des unmündigen Arrogirten und der armen Wittwe auf die quarta, das interdictum quorum bonorum, die Klage auf missio in possessionem ventris nomine und ex edicto Carboniano, die Klage des curator furiosi auf provisorischen Erbschaftsbesitz (s. Windscheid, Pand. III §§. 617—620). Alle diese Klagen sind demnach entweder vor dem allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten oder vor dem forum hereditatis zu erheben und es macht hiebei keinen Unterschied, ob es sich um bewegliche oder unbewegliche Sachen handelt, so daß also auch eine hereditatis petitio, mit welcher die Herausgabe eines Immobile bezweckt wird, vor diesem forum hereditatis angebracht werden kann. Diese Konsequenz enthält keinen Widerspruch mit §. 25, da eben die hereditatis petitio nicht eine Klage ist, durch welche das Eigenthum ꝛc. geltend gemacht wird, sondern die zur Durchsetzung des Erbrechts dient, m. a. W. zum unmittelbaren Gegenstand nicht das Immobile, sondern das Erbrecht hat.

b) Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen auf den Todesfall. Unter den letzteren hat man wohl zunächst an die donatio mortis causa zu denken, sodann an die letztwillige Begründung eines Familienfideikommisses des Deutschen Rechts, die Anordnungen über das Begräbniß, die Pflege des Grabes, die Feier des Andenkens des Erblassers ꝛc., woraus z. B. den Erben Ansprüche gegen den damit belasteten Vermächtnißnehmer auf Rückgabe des Geleisteten erwachsen können (vgl. l. 17 D. 33, 2), das römischrechtliche Familienfideikommiß. Richtet sich der Anspruch aus einem Vermächtniß oder einer sonstigen letztwilligen Verfügung auf das Eigenthum,

eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen, und handelt es sich um eine unbewegliche Sache, so tritt der ausschließliche Gerichtsstand des §. 25 für die dießfallsigen Klagen ein. Denn durch die Gestattung des fakultativen Gerichtsstandes der Erbschaft für Klagen aus Vermächtnißansprüchen wollte nicht die Ausschließlichkeit des forum rei sitae beseitigt werden; vielmehr erfordert die systematische Auslegung die Annahme, daß §. 28 nur insoweit Geltung habe, als es die kategorische Fassung des §. 25 zuläßt. S. über das ganze analoge Verhältniß des Art. 22 zu Art. 21 der bayr. CPO. Schmitt, System I §. 101 Nr. 3 S. 296 und Wernz, Kommentar zu Art. 22 Nr. 2. Im Uebrigen die hannover'schen Protokolle S. 500 f., 519—521.

c) Die Theilung der Erbschaft, wiederum ohne Rücksicht darauf, ob die Erbschaft zum Theil oder ausschließlich aus Immobilien besteht. Die Klage auf Erbtheilung ist unter den „Theilungsklagen" des §. 25 nicht mit verstanden, schon nach der Fassung jenes Paragraphen nicht, da dort nur von Theilungsklagen, soferne es sich um unbewegliche Sachen handelt, die Rede ist. Die Erbtheilungsklage hat aber immer zum Gegenstande die Erbschaft als eine Rechtsgesammtheit, nicht den einzelnen Gegenstand, der den Aktivbestand der Erbschaft ausmacht, als solchen. (Vgl. auch die Motive zu diesem §. a. E. Lothar Seuffert, Commentar zu §. 28 Nr. 5. Siebenhaar, Commentar zu §. 28 Note †.)

3) Nicht jederzeit, sondern nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkte und unter gewissen Voraussetzungen ist das forum heredidatis begründet: für Klagen der Nachlaßgläubiger aus Ansprüchen an den Erblasser oder die Erben als solche.

Der Zeitpunkt, bis zu welchem diese Klagen vor dem forum hereditatis erhoben werden können, bestimmt sich in alternativer Weise durch folgende Umstände:

a) entweder durch das Vorhandensein des Nachlasses — sei es des ganzen, sei es eines Theiles — innerhalb des Gerichtsbezirkes;

b) oder durch die Ungetheiltheit des Nachlasses, zu welchem mehrere Erben berufen sind.

Was Ansprüche an die Erben als solche neben den Ansprüchen gegen den Erblasser bedeuten, erklären die Motive (s. oben S. 128 Zeile 18 v. o.).

Vorhandensein des Nachlasses im Bezirke des Erbschaftsgerichtes ist nicht schon gegeben, wenn eine Sache oder ein Recht, welches zum Nachlasse gehört hat, sich innerhalb des Bezirkes befindet; erforderlich ist vielmehr, daß die Sache oder das Recht sich als Nachlaß dort befinden. Dieß ist aber nur dann der Fall, wenn entweder die Erbschaft noch nicht angetreten ist, oder wenn der Nachlaß bezw. Nachlaßbestandtheil, der in dem Gerichtsbezirke

liegt, noch unveräußert dem Vermögen der Erben oder ihrer Erben zugehört. „Nachlaß" darf nicht als synonym mit Erbschaft erachtet werden, zu der ja auch die Schulden des Erblassers gehören. Vielmehr hat man unter Nachlaß lediglich die Activbestandtheile des erblasserischen Vermögens zu verstehen. Daß Nachlaß in diesem Sinne gemeint sei, dafür spricht schon die Zusammensetzung des Wortes „Nachlaßgläubiger", wobei doch nothwendig die Vorstellung obwaltet, daß die Gläubiger sich an den Nachlaß als Befriedigungsobjekt halten sollen, überdieß aber die Wahl des Ausdrucks „Nachlaß" in Abs. 2 gegenüber „Erbschaft" in Abs. 1.

„Wenn der Nachlaß noch nicht getheilt ist". Diese Voraussetzung liegt auch dann vor, wenn der Nachlaß nicht vollständig vertheilt ist, wenn also z. B. noch einzelne Sachen oder Rechte unvertheilt vorhanden sind. Besteht der Nachlaß nur aus Forderungsrechten und Schulden, so wird nach Gemeinem Rechte (nomina ipso jure sunt divisa) eine Zeit des ungetheilten Nachlasses überhaupt nicht eintreten können.

4) Die Vorschriften dieses Paragraphen beziehen sich auf das rein streitige Verfahren. Die landesgesetzlichen Normen über das erbschaftliche Liquidationsverfahren (Preußen, Würtemberg) sind durch §. 15 Ziff. 3 des EG. zur CPO. vorbehalten. Vgl. die Erläuterung zu diesem §.

---

§. 29.

Für Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen, sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung ist das Gericht des Orts zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.

Motive: „Nach §. 29, welcher das forum contractus bestimmt, ist als solches das Gericht des Orts zuständig, wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist. Im Gegensatze zur gemeinrechtlichen Praxis — Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses Ed. II S. 455—456 — und zum preußischen Rechte — AGO. I, 2 §§. 142 ff. — verlangt der Entwurf nicht mehr, daß der Beklagte in dem Bezirke dieses Gerichts anzutreffen sei oder dort Vermögen besitze. Unter Beseitigung dieser Beschränkungen ist im Interesse des Verkehrs der Gerichtsstand des Vertrags möglichst frei gestaltet und im Anschlusse an den Nürnberger Entw. §. 6, preuß. Entw. §. 19, hannov. Entw. §. 20, nordd. Entw. §. 61, Württemberg Art. 42 der Ort der Vertragserfüllung als maßgebend anerkannt. Die Prozeßordnung von Hannover §. 10 bestimmt alternativ und die von Olden-

burg Art. 16 subsidiär den Ort des Vertragsabschlusses. Die neuere Doktrin geht aber davon aus, daß es keinen Fall gebe, in welchem die aushülfsweise Erwähnung des Vertragsorts an Stelle des Erfüllungsorts nöthig wäre, daß vielmehr für jeden Fall ein Erfüllungsort bestimmt sei. Der hannov. Entw., Württemberg und Baden §. 31 bezeichnen den Erfüllungsort noch näher als den Ort, „an welchem der Vertrag von dem Beklagten nach ausdrücklicher oder stillschweigender Uebereinkunft der Parteien, nach der Natur der Sache oder nach gesetzlicher Bestimmung zu erfüllen ist". Eine solche Spezialisirung erschien unnöthig. Der §. 29 des Entwurfs lautet so generell, daß in denselben alle Momente fallen, durch welche der Erfüllungsort fixirt werden kann. Die von der bayerischen Prozeßordnung Art. 23 getroffene Beschränkung des forum contractus auf die Fälle, in denen die Erfüllung eines Vertrags nur an einem bestimmten Orte möglich oder der Ort derselben in dem Vertrage ausdrücklich bezeichnet ist, konnte schon deßwegen nicht adoptirt werden, weil sie mit den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs Art. 324, 325, 342 in Widerspruch steht.

„Die in diesem Forum zulässigen Klagen sind die Klagen auf Erfüllung sowie Aufhebung des Vertrags und die Klagen auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung. Die vorhin allegirten neueren Legislationen bestimmen in gleicher Weise die Kompetenz dieses Gerichtsstandes. Ferner liegt es in der Konsequenz der Rechtsentwickelung, wenn der Entwurf auch die Präjudizialklage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags (§. 223) in diesem Gerichtsstande zuläßt. Die Zuständigkeit für die Vertragsaufhebungsklagen mußte besonders mit Rücksicht auf Art. 1184 des Code civil und den gleichen Satz des badischen Landrechts erfolgen, welche in der Praxis dahin angewendet werden, daß auf Entschädigung nicht ohne gleichzeitige Klage auf Aufhebung des Vertrags geklagt werden kann. Die Gründe für die Aufhebung des Vertrags stehen oft in engster Verbindung mit der durch den Vertrag begründeten Obligation. Auch erscheint diese Ausdehnung des forum contractus gegenüber den im Auslande wohnenden Personen zur Ausgleichung der in §§. 13, 18 angenommenen Grundsätze geboten.

„Das französische Recht kennt den Gerichtsstand des Erfüllungsortes nur für Handelssachen, Code de proc. art. 420. Carré et Chauveau Adolphe Lois de la procédure civile 4. Ed. I pag. 303, 304; III pag. 516. Einen beschränkten Ersatz bietet für Nichthandelssachen der Gerichtsstand des domicile élu (Code civil art. 111; Code de proc. art. 59) — das forum prorogatum des französischen Rechts (Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts 5. Aufl. ed. Anschütz I S. 340 Note 1 — hannov. Prot. II S. 476, 477). Daß das Bedürfniß dadurch nicht be-

friedigt wird, beweist, daß die Aufnahme des forum contractus in den auf französischem Rechte beruhenden Codice di procedura civile del regno d'Italia art. 91 erfolgt und von dem belgischen Entwurf in Vorschlag gebracht ist.

„Für Klagen aus wechselmäßigen Verpflichtungen ist der Gerichtsstand besonders geregelt (§. 542).“

1) Dieser Paragraph schafft einen fakultativen Gerichtsstand für Klagen, welche ein Vertragsverhältniß betreffen entweder so, daß das Bestehen desselben in Frage gestellt wird, oder so, daß die Erfüllung, Aufhebung, Entschädigung wegen Nichterfüllung bestritten ist.

Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrages sind durch §. 231 der CPO. als allgemein zulässig erklärt. Die Klagen auf Erfüllung sind jedem Rechte als die natürlichen Konsequenzen der Nichterfüllung bekannt, deßgleichen die Klagen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllug oder nicht gehöriger Erfüllung. Besondere Klagen auf Aufhebung eines Vertrages sind dem Gemeinem Rechte in einzelnen Fällen bekannt, so nach den Grundsätzen der condictio causa data causa non secuta, im Falle des erzwungenen oder erschlichenen Vertragsschlusses und nach den Grundsätzen der actio redhibitoria, actio Pauliana; in ähnlich beschränktem Umfang dem sächsischen Rechte §§. 831, 833, 909 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs; in weiterem Umfange dem preußischen Landrechte (vgl. Förster, pr. Privatrecht I §. 87, 88). Die Klage auf Aufhebung erlangt aber eine besondere praktische Bedeutung im Gebiete des französischen und badischen Rechts, wo nach Art. 1184 des Code civil bei zweiseitigen Verträgen die Nichterfüllung von der einen Seite als stillschweigende Resolutivbedingung angesehen und dadurch für den andern Theil die Alternative begründet wird, entweder auf nachträgliche Erfüllung zu dringen, wenn sie noch möglich, oder Auflösung des Vertrags nebst Schadensersatz zu verlangen.

Auch aus Art. 354 des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs ließe sich eine Klage auf Vertragsaufhebung von praktischer Bedeutung konstruiren; allein diese wird mit der Präjudizialklage auf Feststellung des Nichtbestehens zusammenfallen, wenn der Eine Contrahent einmal seinen Rücktritt vom Vertrage erklärt hat.

2) Der fakultative Gerichtsstand für die unter 1) genannten Klagen bestimmt sich durch den Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung. Er bestimmt sich also

a) durch den Erfüllungsort, nicht durch den Ort des Vertragsabschlusses. Die Frage, welcher Ort im Einzelnen als Erfüllungsort zu erachten sei, ist

durch das geltende Civilrecht zu beantworten. Ueber den handelsrechtlichen Erfüllungsort vgl. Art. 324, 325, 342 des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs; über den Erfüllungsort nach preußischem Recht: Pr. Landrecht Th. I Tit. 5 §§. 247—251, 256, 257; nach bayr. Landrecht Th. IV Kap. 14 §. 10; nach sächsischem Recht: Bürgerl. Gesetzbuch §§. 702—710; nach franz. Recht: Code civil Art. 1247, 1609, 1651, 1942, 1943 und hiezu Zachariä, Handbuch (4. Aufl.) §. 319; nach Gemeinem Rechte: s. Windscheid, Bd. II §. 282; Seuffert, prakt. Pandektenrecht (4. Aufl.) §. 242.

b) Durch den Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung. Der Entwurf des §. 29 legte das Gewicht auf den Ort, wo der Vertrag durch den Beklagten zu erfüllen sei. Die Kommission des Reichstags gab jedoch dem Paragraphen die jetzige Fassung, weil es, wie Abg. Bähr darlegte, auch vorkomme, daß derjenige, der einen Vertrag zu erfüllen habe, um dessen Erfüllung es sich handle, Kläger sei, namentlich wenn auf Aufhebung oder Nichtbestehen des Vertrages geklagt wurde (s. Komm.-Prot. S. 10 unten und 11).

Ist ein gegenseitiger Vertrag in Frage, so besteht möglicherweise für jeden Kontrahenten ein anderer Erfüllungsort und folgeweise für jeden ein anderes forum solutionis. Welcher Ort in concreto das forum begründet, ergibt sich aus der Verpflichtung, welche den Streitgegenstand bildet. Ist der Käufer beklagt, so ist seine Verpflichtung die streitige und der Ort ihrer Erfüllung für das forum entscheidend und umgekehrt. Wo für eine vertragsmäßige Verpflichtung mehrere Erfüllungsorte bestehen, kann vor dem Gerichte eines jeden Erfüllungsortes geklagt werden. So z. B. auch, wenn bei einer Mehrheit von solidarisch Verpflichteten für die Einzelnen verschiedene Erfüllungsorte vereinbart sind. Hier wird aber weiter zu untersuchen sein, ob ein solidarisch Verpflichteter auf Feststellung des Nichtbestehens oder der Aufhebung der Solidarobligation als solcher klagt oder nur soweit seine Person als verpflichtet erscheint. Im letzteren Fall wird er nur da klagen können, wo er zu erfüllen hätte. Im ersten Fall überall da, wo einer der Solidarschuldner zu erfüllen hätte. Denn dort ist seine Verpflichtung die streitige, hier die solidarische Verpflichtung aller.

Ueber die Zuständigkeit für Wechselklagen s. §. 566.

3) Die Bestimmungen des französischen und badischen Rechtes (Code civil Art. 111) über den erwählten Wohnsitz werden insoweit durch §. 29 nicht berührt, als es sich um Zustellungen handelt. (EG. zur CPO. §. 15 Ziff. 5.) Vgl. oben zu §. 13 S. 78.

4) Eine Anwendung des forum solutionis im Aufgebotsverfahren s. in §. 839 Abs. 1 und Art. 73 der deutschen Wechselordnung.

5) Nur auf Grund von Verträgen kann vor dem forum solutionis

geklagt werden. Die sogen. Quasikontrakte sind daher ausgeschlossen. Für diese vgl. §§. 28 u. 31.

---

§. 30.

Für Klagen aus den auf Messen und Märkten, mit Ausnahme der Jahr- und der Wochenmärkte, geschlossenen Handelsgeschäften (Meß- und Marktsachen) ist das Gericht des Meß- oder Marktorts zuständig, wenn die Erhebung der Klage erfolgt, während der Beklagte oder ein zur Prozeßführung berechtigter Vertreter desselben am Orte oder im Bezirke des Gerichts sich aufhält.

Motive: „Die innerhalb der norddeutschen Prozeßkommission angezweifelte Bedürfnißfrage für einen besonderen Gerichtsstand in Meß- und Marktsachen haben von den um Auskunft ersuchten Bundesstaaten Mecklenburg-Schwerin, Braunschweig und Sachsen-Weimar verneint. Preußen findet die Kreirung dieses von dem Handelsstande zu Berlin und Frankfurt a. O. begehrten Gerichtsstandes für nicht bedenklich, während ihn das Königreich Sachsen sogar für nöthig erklärt, um eine richtige Würdigung der Usancen des Meßortes und die nothwendige Beschleunigung des Verfahrens in Meß- und Marktsachen sicher zu stellen. Folge dieser Enquête war der §. 62 des nordd. Entw., welcher als §. 30 aufrecht erhalten ist. Den Begriff der Meß- und Marktsachen präcisirt der Ausschluß der auf den in das Gebiet des Kleinverkehrs fallenden Jahr- und Wochenmärkten geschlossenen Handelsgeschäfte, während sich die Bedeutung des Ausdrucks „Handelsgeschäfte" aus den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs Art. 271 ff. ergibt (vgl. nordd. Prot. S. 1240, 2284 ff.). Die Nothwendigkeit der Beschleunigung des Verfahrens hat in den Vorschriften der §§. 226 und 440 über die Einlassungsfrist und des Gerichtsverfassungsgesetzes §. 165 i. e. 202 Z. 3 über die Feriensachen Ausdruck gefunden".

1) Dieser Paragraph enthält einen dem bisherigen Prozeßrecht nicht bekannten eigenthümlichen Gerichtsstand. Man hat zwar die Verhältnisse des Handels und Wandels auf Messen und Märkten bisher schon als Gründe einer besonderen *sachlichen* Zuständigkeit berücksichtigt (vgl. bayr. CPO. Art. 6 Ziff. 4), bezüglich der örtlichen Zuständigkeit aber dieselben den allgemeinen Vorschriften unterworfen. Die Reichsgesetzgebung hat nun gerade den entgegengesetzten Weg eingeschlagen. Rücksichtlich der *sachlichen* Zuständigkeit sollten Meß- und Marktsachen keine besondere Behandlung er-

fahren (vgl. Komm.-Prot., betr. die Berathung des GVG. S. 175); dagegen sollte das Gericht des Meß- oder Marktortes für solche neben den sonst zutreffenden Gerichtsständen zuständig sein.

2) Meß- und Marktsachen sind Klagen aus Handelsgeschäften, die auf Messen und Märkten geschlossen wurden.

Handelsgeschäfte sind die in Art. 271—274 des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs genannten Geschäfte. Gleichgiltig ist, ob das Geschäft ein einseitiges oder beiderseitiges Handelsgeschäft war.

Unter Messen und Märkten sind große Märkte, welche in Verkehrszentren stattfinden, zu verstehen (Komm.-Prot., betr. die Berathung des GVG. S. 175).

3) Das Gericht des Meß- oder Marktortes ist zuständig, wenn die Handelsgeschäfte auf der Messe oder dem Markte geschlossen wurden. Das bedeutet, es müssen dieselben im Meß- bezw. Marktverkehr geschlossen sein; es genügt nicht, daß zur Zeit des Abschlusses eines Handelsgeschäftes am Meß- oder Marktort die Messe oder der Markt stattfand. Vgl. Nordd. Prot. S. 2289, 2290.

4) Die Zuständigkeit der Gerichte des Meß- oder Marktortes setzt weiter voraus: daß die Klage erhoben wird, während der Beklagte oder ein zur Prozeßführung berechtigter Vertreter desselben am Orte oder im Bezirke des Gerichts sich aufhält. Gleichgiltig ist demnach, ob das Handelsgeschäft durch den Beklagten in Person oder durch seinen Bevollmächtigten abgeschlossen wurde, gleichgiltig, ob die Person dessen, der das Geschäft abgeschlossen hat, mit der desjenigen identisch ist, der sich im Gerichtssprengel aufhält. So könnte vor dem Gerichte des Meß- oder Marktortes auch in dem Falle geklagt werden, wo der Prokurist das Geschäft für den Prinzipal abschloß und ein anderer zur Prozeßführung berechtigter Vertreter sich im Gerichtsbezirke des Meß- oder Marktortes aufhält.

Auf die Dauer und den Zeitpunkt des Aufenthaltes kommt nichts an, wenn nur die Klage zugestellt werden konnte. Es kann daher vor diesem Forum Klage erhoben werden, wenn der Beklagte oder dessen Prozeßvertreter nach Abschluß des fraglichen Handelsgeschäftes irgend einmal in den Bezirk des Meß- oder Marktgerichtes gelangt. Dagegen könnte selbst während der Dauer der Messe oder des Marktes hier nicht geklagt werden, wenn der Beklagte oder dessen Prozeßvertreter nicht im Gerichtsbezirke anwesend wäre.

Welches die Voraussetzungen der Befugniß zur Prozeßvertretung seien, bestimmt sich nach den Grundsätzen des Civilrechts. Aus den Verhandlungen der Kommission des Reichstags läßt sich entnehmen, daß nach der von der Kommission nicht bekämpften Anschauung der Regierungen die Befugniß zur Prozeßvertretung nicht auf den Generalbevollmächtigten und den

Prokuristen (§. 159) beschränkt sei (Komm.-Prot. S. 11, wo bemerkt ist, daß dem Antrag Bähr, in welchem anstatt der Worte „zur Prozeßführung berechtigter Vertreter desselben" gesetzt war: „dessen geschäftsführender Vertreter" seitens der Regierung unter jenem Vorbehalte zugestimmt wurde).

---

§. 31.

Für Klagen, welche aus einer Vermögensverwaltung von dem Geschäftsherrn gegen den Verwalter oder von dem Verwalter gegen den Geschäftsherrn erhoben werden, ist das Gericht des Orts zuständig, wo die Verwaltung geführt ist.

Motive: „Der Gerichtsstand der Vermögensverwaltung bezieht sich, wie übereinstimmend mit §. 63 des nordd. Entw. zur Vermeidung einer unrichtigen Auslegung ausdrücklich in §. 31 gesagt wird, nur auf die actio directa des Geschäftsherrn und die actio contraria des Verwalters. Trotz des abweichenden und ganz allgemein gehaltenen Ausdrucks „Klagen aus der geführten Verwaltung" stehen auch §. 7 des Nürnberger Entwurfs — Protokolle S. 49 —, §. 21 des hannov. Entwurfs (Protokolle S. 478), §. 20 des preuß. Entwurfs (Motive S. 18); ferner die Prozeßgesetze von Hannover §. 11, Baden §. 33, Württemberg Art. 42, Bayern Art. 27 auf dem gleichen Standpunkte. Für die Klagen dritter Personen aus der geführten Verwaltung ist dieser besondere Gerichtsstand neben demjenigen des Vertrags kein Bedürfniß.

„Die Vorschrift (nordd. Entw. §. 63, Nürnb. Entw. §. 7 Abs. 2), daß der Ort, an welchem die die Verwaltung leitende oder beaufsichtigende obrigkeitliche Behörde ihren Sitz hat, als Ort der geführten Verwaltung gelten soll, ist nicht aufgenommen worden, weil eine solche Bestimmung entbehrlich erscheint und zu Inkonvenienzen, sowie zu einer unbilligen Belästigung des Klägers führen kann."

1) Zu dem Terminus „Vermögensverwaltung" enthalten die Protokolle der Reichstagskommission (S. 11) folgende Bemerkung:

„Der Abg. Struckmann fragt an, ob er wohl den §. 31 richtig auffasse, wenn er — im Gegensatz zu Krause — annehme, daß unter Vermögensverwaltung im Sinne dieses Paragraphen nicht bloß die vertragsmäßige, sondern auch die auf gesetzlichem Grunde beruhende, z. B. Vormundschaft, verstehe; und wenn er ferner als den Ort, wo die Verwaltung geführt werde, nicht den Ort, wo sich zufällig ein Vermögensobjekt befinde, sondern nur den Sitz einer selbstständigen Verwaltung betrachte;

welche beide Fragen vom Direktor im Reichskanzleramte von Amsberg bejahende Antwort erhielten."

Daß unter Vermögensverwaltung auch die durch das Gesetz geordnete Verwaltung zu verstehen sei, ergibt sich übrigens aus der ganz allgemeinen Fassung des Paragraphen. Vgl. auch: Hannoversche Protokolle S. 480 Al. 1. Aber nicht blos nach dieser einen Seite hin geht die „Vermögensverwaltung" über die vertragsmäßige hinaus; es fällt darunter ebenso sehr die freiwillige, weder gesetzliche noch vertragsmäßige Verwaltung fremden Vermögens, die negotiorum gestio und protutela.

Anderseits genügt für den Begriff der Verwaltung nicht die Vornahme irgend eines einzelnen oder mehrerer einzelner Geschäfte für einen Anderen; Verwaltung setzt vielmehr eine continuirliche, sich über die Gesammtheit eines Vermögens verbreitende, ordnende, leitende und planmäßige Thätigkeit voraus. (Vgl. Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses S. 496 3. Aufl.)

2) Wessen Vermögen verwaltet wird, ist gleichgiltig. Es besteht daher das Forum dieses Paragraphen insbesondere auch gegen und für die Verwalter des Vermögens juristischer Personen.

3) Da dieses Forum geschaffen ist für Klagen aus einer Vermögensverwaltung, so besteht es unabhängig von der Dauer der Vermögensverwaltung fort, wenn nur die erhobene Klage auf die geführte Verwaltung begründet wird.

4) Der Ort der geführten Verwaltung ist in der sub Nr. 1 allegirten Erklärung des Direktors im Reichskanzleramt nur in negativer Weise abgegrenzt. Soll die Frage, welcher Ort als der Ort der geführten Verwaltung zu gelten habe, positiv beantwortet werden, so wird festgestellt werden müssen, an welchem Orte sich die Verwaltungsverhandlungen concentriren. Dieß wird sehr häufig zugleich der Wohnsitz des Verwalters sein, kann jedoch auch ein hievon verschiedener Ort sein. cf. l. 19 §. 1 D. 5, 1; l. 54 §. 1 D. 3, 3; 1 C. 3, 21; im Einzelnen wird der Richter die Frage als eine Thatfrage nach freiem Ermessen entscheiden müssen.

5) Nur von dem Geschäftsherrn und von dem Verwalter gegen einander können Klagen vor dem Gerichte der geführten Verwaltung erhoben werden. Die Ansprüche Dritter gegen jene aus der geführten Verwaltung theilen — im Gegensatz zum Gemeinen Prozesse (Wetzell, System 3. Aufl. S. 496) — diesen Gerichtsstand nicht.

6) Das Forum dieses Paragraphen ist fakultativ.

§. 32[1]).

Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Handlung begangen ist.

Motive: „Das forum delicti entspricht den meisten Gesetzgebungen (z. B. Hannover §. 12, Baden §. 34, Württemberg Art. 44, Bayern Artikel 29). Der Begriff „unerlaubte Handlungen" umfaßt sowohl die strafbaren Handlungen als auch die Fälle der civilrechtlichen Verschuldung, insbesondere die Fälle, in denen die gemeinrechtliche actio legis aquiliae begründet ist. Das im preußischen Rechte rezipirte besondere forum für Klagen aus außerehelicher Schwängerung — §. 11 Gesetz vom 24. April 1854, preuß. Entwurf §. 28 — ist nicht übernommen; die Frage des Gerichtsstandes wird durch die civilrechtliche Beurtheilung dieses Klagegrundes entschieden."

1) In diesem Paragraphen ist das gemeinrechtliche forum delicti commissi anerkannt und zwar wie im Gemeinen Rechte als fakultatives Forum (s. Wetzell, System 3. Aufl. S. 498).

2) Klagen aus unerlaubten Handlungen können vor diesem Forum erhoben werden, gleichviel ob dieselben mit öffentlicher Strafe bedroht sind oder nur zum Schadensersatz verpflichten, gleichviel ob die Handlung in einer positiven Thätigkeit oder in einem Unterlassen besteht (s. z. B. §§. 328, 329, 316 Abs. 2 des RStGB.). Es wird jedoch stets vorausgesetzt, daß die unerlaubte Handlung als solche den Klaggrund bilde. Ungenügend wäre daher ein unerlaubtes Verhalten innerhalb eines Obligationsverhältnisses, welches zum Schadensersatz verbindet. Auf der andern Seite ist das forum delicti commissi nicht ausgeschlossen, wo der Schadensersatzanspruch ex delicto und ex contractu konkurriren, wo z. B. ein Depositar oder Commodatar eine vorsätzliche Beschädigung der deponirten oder commodirten Sache vornimmt oder wo ein Mandatar den Mandanten betrügt ꝛc.

3) Wo ein mit Criminalstrafe bedrohtes Delikt in Frage steht, ist die Einleitung oder Entscheidung einer strafrechtlichen Untersuchung keine Voraussetzung des forum delicti commissi.

Dieß erscheint als eine Consequenz des von der Gesetzgebung ausgesprochenen Grundsatzes, daß das strafgerichtliche Urtheil für den Civilrichter

---

[1]) Der Antrag des Abg. Wolffson, zwischen §§. 31 und 32 einen §. einzuschalten, der die Art. 455 und 475 des allg. Deutschen Handelsgesetzbuches reproduzire, wurde abgelehnt, nachdem von Seite der Regierung darauf hingewiesen war, daß zufolge §. 13 des EG. diese Artikel ohnehin in Geltung bleiben. (Komm.-Prot. S. 11.)

keine bindende Kraft habe (§. 14 Ziff. 1 des EG. zur CPO.) und ist auch in der Reichstagskommission dadurch anerkannt worden, daß der Antrag Krause's, an den §. 32 den Satz anzufügen:

„wenn wegen dieser Handlung eine strafrechtliche Untersuchung gegen den Beklagten eingeleitet worden und dieselbe nicht durch Freisprechung beendigt ist."

abgelehnt wurde.

4) Nicht vor das Forum dieses Paragraphen gehören: diejenigen Quasidelikte, welche eine unerlaubte Handlung nicht zur Voraussetzung haben, wie die actio de pauperie und de pastu. Eingehend ist diese Auffassung dargelegt in den Verhandlungen der Civilprozeßkommission zu Hannover. Hier wurde von einem Abgeordneten beantragt, in dem Abschnitte von den Gerichtsständen folgenden Paragraphen einzuschalten:

„In allen Streitigkeiten wegen einer durch Menschen oder Thiere zugefügten Beschädigung von Grundstücken . . . . kann die Klage auf Schadensersatz bei demjenigen Gerichte angebracht werden, in dessen Bezirk der Grund gelegen ist . . . . .

Gegen diesen Antrag wurde hervorgehoben, daß derselbe seine hauptsächlichste Bedeutung dadurch verloren habe, daß in §. 21 das forum delicti commissi auf unerlaubte Handlungen überhaupt ausgedehnt sei. Denn danach fallen unter diesen Gerichtsstand insbesondere alle Klagen aus der lex Aquilia und mithin auch „alle Streitigkeiten wegen einer durch Menschen zugefügten Beschädigung von Grundstücken" und ebenso die Streitigkeiten wegen der durch Thiere zugefügten Beschädigungen insoweit, als dabei den Eigenthümer derselben z. B. durch Sorglosigkeit beim Hüten, durch übermäßige Hegung von Wild u. s. w. ein Verschulden treffe. Der Antrag (auf Einschaltung des §.) würde mithin nur noch für Klagen wegen pauperies und für die actio de pastu Bedeutung behalten, bei welchen ein Schaden am Grundstücke durch ein Thier zugefügt sei, ohne daß einen Menschen ein Verschulden treffe. Diese Bedeutung sei aber zu gering, als daß sich deswegen die Gründung eines eigenen Gerichtsstandes rechtfertigen ließe. Der Antrag wurde hierauf zurückgezogen. (S. Hannoversche Protokolle S. 4878, 4879.)

5) Als unerlaubte Handlung im Sinne des §. 32 kann auch die unerlaubte Handlung eines Andern nicht erachtet werden, für welche der Beklagte wegen eines in Mitte liegenden Contraktverhältnisses haftet, so z. B. das furtum des Gehilfen, bei dessen Auswahl den Beklagten als Mandatar eine culpa in eligendo trifft.

6) Dagegen ist nicht erforderlich für den Gerichtsstand des §. 32, daß der Beklagte stets selbst die unerlaubte Handlung begangen habe. Es ge-

nügt z. B., daß durch effundere oder dejicere eines Andern ein Schaden entstanden sei, um den Bewohner des Raumes, aus welchem die effusio oder dejectio geschah, mit actio de effusis et dejectis vor dem forum delicti commissi belangen zu können. Demgemäß gilt dieses forum auch für Klagen aus §. 2 des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871, während es für die Klagen aus §. 1 dieses Gesetzes deßhalb unanwendbar ist, weil die Haftpflicht aus §. 1 keinerlei Verschulden zur Voraussetzung hat.

Unzutreffend aber ist gewiß die Behauptung, daß alle Klagen aus Quasidelikten vor den Gerichtsstand des §. 32 gehören könnten (Uebel, Commentar zu §. 32 Nr. 1).

7) Als Bezirk der begangenen unerlaubten Handlung ist ausschließlich derjenige zu erachten, in welchem die Willensäußerung vor sich gegangen ist, welche die straf- oder civilrechtliche Verantwortlichkeit begründet. Auf den Ort des Erfolges kommt demnach nichts an.

Möglich ist, daß eine unerlaubte Handlung in mehreren Gerichtsbezirken begangen wird, z. B. die muthwillige Beschädigung von zusammenhängenden Grundstücken, deren jedes in einem andern Gerichtsbezirke liegt.

Möglich ist auch, daß eine unerlaubte Handlung als eine Fortsetzung resp. Zusammensetzung mehrerer in verschiedenen Gerichtsbezirken verübter Thätigkeiten erscheint (fortgesetztes Delikt), z. B. die Unterschlagung eines Geschäftsreisenden. In diesen Fällen greift §. 36 Ziff. 2 zur Entscheidung etwaiger Zweifel ein (s. die Motive zu §. 36 Ziff. 2).

---

§. 33.

Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Vertheidigungsmitteln in Zusammenhang steht.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage wegen des Gegenanspruchs auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können.

Motive: „Der §. 33 bestimmt den Gerichtsstand der Widerklage. Die unbedingte Zulässigkeit der Erhebung einer Widerklage im Gerichtsstande der Klage mochte in früherer Zeit mit Rücksicht auf die größeren Schwierigkeiten der Rechtsverfolgung und die Hemmnisse, welche der Gewährung der Rechtshülfe entgegenstanden, für Deutschland gerechtfertigt sein. Gegenwärtig sind diese Momente bei der eingetretenen völligen Umgestaltung der Verhält-

nisse nicht mehr von Bedeutung. Bei einem Verfahren, welches auf dem Grundsatze der Mündlichkeit beruht, ist es außerdem nicht angemessen, die Geltendmachung verschiedener nicht zusammenhängender Ansprüche im Wege der Klage und Widerklage zu begünstigen, indem eine solche Verbindung nur zu leicht eine bedenkliche Verwirrung des Verfahrens herbeiführen kann. Es erscheint daher gerechtfertigt, daß der Entwurf die Zulässigkeit der Widerklage von der Konnexität derselben mit der Klage abhängig macht. Andererseits konnte aber der Entwurf — wie dies in dem nürnberger Entwurf §. 14 und dem preuß. Entwurf §. 30 geschehen — die Widerklage nicht auf diesen Fall beschränken, er mußte dieselbe vielmehr — in Anschluß an den hannov. Entwurf §. 25 und an die württembergische Prozeßordnung Art. 49 — auch gestatten, wenn die Widerklage auf einen Gegenanspruch gegründet wird, welcher im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann. Denn da dem Beklagten die Befugniß nicht entzogen werden darf, die Verhandlung und Entscheidung von Gegenansprüchen in dem anhängigen Prozesse durch eine Einrede herbeizuführen, so fordert die Rücksicht auf die Vermeidung der Vervielfältigung und Zersplitterung der Prozesse, diese Verhandlung und Entscheidung soweit auszunutzen, daß über den Gegenanspruch seinem ganzen Umfange nach rechtskräftig (§. 283 Abs. 1) entschieden wird. Eine Erweiterung hat das forum reconventionis noch durch die Zulassung der Präjudizial-Inzidentklage (§. 243) erfahren, eine Erweiterung, welche durch eine angemessene Regelung der Lehre von der Rechtskraft der Urtheile geboten war, und bei den §§. 243 und 283 zu rechtfertigen ist."

1) Der §. 33 hat durch die Beschlüsse der Reichstagskommission auf Antrag des Abg. Bähr erst seine gegenwärtige Fassung erhalten. Im Regierungsentwurfe lautete Abs. 1 des §. 33 so:

„Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch auch als Einrede geltend gemacht werden kann oder mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche in rechtlichem Zusammenhange steht."

(Vgl. Komm.-Prot. S. 12 und 15.) Der Antragsteller glaubte, daß sein Antrag dem Sinne des Regierungsentwurfs entspricht und nur dessen Klarstellung bewirkt.

2) Der §. 33 hat eine über die Lehre vom Gerichtsstande hinausgehende Tragweite. Er regelt nämlich gelegentlich der Aufstellung eines besonderen forum reconventionis die Voraussetzungen der Widerklage überhaupt. Denn das forum der Widerklage ist nicht ihre einzige Besonderheit, vielmehr liegt eine solche auch in der Zulässigkeit ihres Anbringens durch einfachen mündlichen Antrag (§. 251), der gleichzeitigen Verhandlung und

Entscheidnng mit der Klage, der Befreiung des ausländischen Widerklägers von der cautio pro expensis (§. 102 Ziff. 3). Diese Auffassung trat ganz unzweideutig in den Berathungen der Hannoverschen Civilprozeßkommission hervor. Dort war der Entwurf erster Lesung des §. 25 Abs. 2 so gefaßt:

„Die Widerklage ist, selbst wenn der Kläger dem Gerichtsstande der Klage in Bezug auf den Gegenanspruch unterworfen ist, nur dann zulässig, wenn der Gegenanspruch mit dem Klaganspruche im rechtlichen Zusammenhange steht . . ."

Nachdem von einem Abgeordneten ausgeführt worden war, daß der Satz: „selbst wenn — unterworfen ist" überflüssig sei, wurde Seitens der Referenten seinem Antrage auf Streichung dieses Satzes stattgegeben und hiebei konstatirt, daß dieser Zwischensatz nur dahin hätte verstanden werden können, daß die Widerklage stets nur unter der Voraussetzung des rechtlichen Zusammenhanges mit dem Klaganspruche zulässig sei, auch in dem Falle, wenn der Kläger selbst vor dem Gerichtsstande der Widerklage seinen Gerichtsstand habe (Hannoversche Prot. S. 506 und 507).

Ein anderer Abgeordneter beantragte, dem §. 25 die ganz allgemeine Fassung zu geben, daß die Klage den Gerichtsstand der Widerklage begründe, und an geeigneter Stelle die Voraussetzungen gesondert zu definiren, unter welchen die Erhebung einer Widerklage im Gerichtsstand der Widerklage zulässig sei. Dagegen wurde aber eingewendet, es stünden die Fragen wegen der Zuständigkeit und der Zulässigkeit der Widerklage in einem so engen Zusammenhange, daß sie nicht getrennt behandelt werden können, und es erfolgte deßhalb Ablehnung des Antrags. (Hannoversche Prot. S. 505 und 506; vgl. auch Wernz, Commentar zur bayr. CPO. Art. 31 Nr. 2.)

3) Bei dem Gerichte der Klage kann die Widerklage erhoben werden. Auf den Grund der Zuständigkeit des Gerichts der Klage kommt nichts an. Es kann daher z. B. vor dem forum solutionis eine beliebige Widerklage erhoben werden.

4) Eine Widerklage kann erhoben werden, d. h. eine Klage gegen denjenigen, welcher durch das selbstständige Angriffsmittel der Klage den anhängigen Rechtsstreit provozirt hat. (Vgl. Wetzell, System 3. Auflage S. 507, 508.)

Ist es demnach gestattet, daß gegen die Widerklage eine Widerklage erhoben werde? Die badische Prozeßordnung §. 273 bestimmt im Anschluß an den Gemeinen Civilprozeß (vgl. Wetzell §. 63, Renaud §. 161), daß dieß unzulässig sei mit Ausnahme des Falles, wo die beiden Widerklagen aus dem nämlichen Rechtsverhältnisse entspringen. Die bayr. CPO. erklärt Widerklage gegen Widerklage ausnahmslos für unstatthaft (Art. 31

Abs. 5). Die Deutsche Civilprozeßordnung enthält eine ausdrückliche Antwort auf diese Frage nicht. Auch aus den Motiven oder den Kommissionsprotokollen ergibt sich nicht eine unmittelbare Entscheidung; nicht einmal die hannoverschen Protokolle, die sich sehr eingehend über die Voraussetzungen der Widerklage verbreiten, berühren diese Frage, und ebensowenig thut es der preußische und der norddeutsche Entwurf. Die Beantwortung muß daher zunächst aus dem Wortlaute des Paragraphen versucht werden. Dieser Wortlaut scheint mir folgendes Resultat zu ergeben:

Die Gegenüberstellung von Klage und Widerklage läßt ersehen, daß unter der letzteren nur diejenige Klage verstanden werden will, welche gegenüber einer vor einem allgemeinen oder speziellen Forum rechtsgiltig angebrachten Klage von dem Beklagten erhoben wird. Dieß wird bezeugt durch den in allen Paragraphen des zweiten Titels festgehaltenen Sprachgebrauch des Wortes „Klage", der insbesondere in Abs. 2 des §. 33 selbst hervortritt (vv.: „wenn die Zuständigkeit . . . . für eine Klage . . . . nicht würde begründet werden können"). Vgl. auch den Sprachgebrauch in §. 253 und 254 in Verbindung mit §. 235.

Diese Auffassung scheint auch den Motiven vorzuschweben, wo sie von der Erhebung der Widerklage und Präjudizialinzidentklage handeln (zu §. 241 und 243 des Entwurfs. Offizielle Ausgabe S. 205, Kortkampf'scher Abdruck S. 474): „. . . . Der Entwurf konnte sich, nachdem durch die §§. 33, 534, 552, 562, 572 der Umfang der Zulässigkeit der Erhebung einer Widerklage im Gerichtsstande der Klage festgestellt war, auf einige wenige Vorschriften über die Behandlung der Widerklage beschränken...."

Endlich aber ist es §. 251 Abs. 1, welcher die Widerklage ausdrücklich als ein „Angriffsmittel" des Beklagten gegenüber der Klage, demnach als Etwas seinem prozessualen Charakter nach von der Klage verschiedenes bezeichnet.

Wenn daher nach alle dem Widerklage nicht identisch ist mit „Klage eines Beklagten gegen den Kläger", eine Widerklage aber nur bei dem Gerichte der „Klage" erhoben werden kann, so folgt, daß es einen Gerichtsstand der Widerklage gegen die Widerklage nicht gibt, daß demnach durch Erhebung einer Klage und Widerklage die Zulässigkeit der Widerklage gegen die letztere nicht begründet wird.

5) Die Erhebung einer Widerklage setzt Zusammenhang des Widerklagsanspruchs mit dem Klagsanspruch oder mit den gegen denselben vorgebrachten Vertheidigungsmitteln voraus: der Zusammenhang muß nicht rechtlicher Zusammenhang sein, wie dies in der Fassung des Entwurfs gefordert war und in §§. 136 und 138 des Gesetzes gefordert ist. Unter rechtlichem Zusammenhang aber dachte sich der Gesetzgeber, wie sich aus den Motiven zu §. 130 des Entwurfs (= §. 136) ergibt (vgl. u. zu §. 136),

die Verbindung der beiden Ansprüche bezw. des Anspruches und des Vertheidigungsmittels durch die Einheit der juristischen Thatsache, aus welcher sie entspringen, z. B. der Ansprüche und Gegenansprüche aus zweiseitigen Verträgen, der Ansprüche des Erben und Vermächtnißnehmers gegen einander u. dgl. Ein solcher Zusammenhang ist nicht erforderlich für die Anstellung einer Widerklage. Es genügt hier vielmehr die Verbindung durch irgend ein faktisches, nicht den Grund der Ansprüche bildendes Moment wie durch die Identität des streitigen Objectes; Beispiele sind: rei vindicatio und Widerklage aus dem ususfructus an der vindizirten Sache, hereditatis petitio des Testamentserben gegen den Besitzer einer Erbschaftssache und Widerklage dieses Beklagten auf Herausgabe der Erbschaft wegen Verletzung des Notherbenrechts. Dieser faktische Zusammenhang muß nur entweder mit dem Klagsanspruche oder mit den vorgebrachen Vertheidigungsmitteln bestehen. Die letztere Alternative liegt vor, wenn der Widerklagsanspruch zugleich als Einrede vorgebracht worden ist, nicht: „wenn er als solche benutzt werden kann" (Lothar Seuffert, Commentar zu §. 33 Nr. 1). Freilich muß das zur Widerklage benützte Vertheidigungsmittel in Wahrheit ein Vertheidigungsmittel sein. Wo daher eine bestimmte Art der Vertheidigung ausgeschlossen ist, da kann auch die hierauf begründete Widerklage nicht zuläßig sein. So nach Gemeinem Rechte die Einrede der Compensation gegen die Klage aus einem Depositum oder aus einer widerrechtlichen Occupation ꝛc. (vgl. Arndts, Pb. §. 266). Dagegen kann die Illiquidät der Compensationsforderung, welche nach vielen Civilrechten deren Verwerthung als Einrede[1]) hindert, nicht ferner diese Wirkung haben. Dieß folgt aus der Bestimmung des §. 136 Abs. 2 mit Nothwendigkeit. Dort ist dem Gerichte die Befugniß eingeräumt, Trennung der Verhandlung anzuordnen, wenn vom Beklagten eine Gegenforderung vorgebracht ist, die mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht. Darunter fällt die Einrede und Widerklage der Compensation ex dispari causa. Würde die Trennungsbefugniß des Gerichts sich nur auf die Fälle der liquiden Compensationseinrede beziehen, so wäre die praktische Bedeutung dieser Befugniß beseitigt. Denn das Gericht wird keine Veranlassung haben, den Ausspruch über eine liquide Forderung zu verzögern. Schon deßhalb wird anzunehmen sein, daß auch die illiquide Compensationsforderung und vorzugsweise diese von dem Gesetzgeber gemeint war. Dann folgt aber aus §. 136 Abs. 2, daß das Vorbringen einer solchen auch im Wege der Widerklage unbedingt zuläßig sei, daß m. a. W. einer solchen Widerklage der effectus prorogationis immer zukomme und

---

[1]) scil.: gegen liquide Klagsansprüche.

nur der effectus simultanei processus durch das richterliche Ermessen beseitigt werden könne.

Das Gegentheil pflegte in der bayrischen Praxis der Untergerichte mit Rücksicht auf Art. 31 Abs. 1 der bayr. CPO. und die Bemerkungen von Wernz und Schmitt hiezu angenommen zu werden; allein, wie mir scheint, Angesichts des Art. 157 Abs. 2 der bayr. CPO., mit Unrecht.

Die hier vertretene Anschauung ergibt sich übrigens mit aller nöthigen Klarheit aus den Motiven zu §. 130 des Entwurfs (s. Offiz. Ausgabe S. 134, Kortkampf'scher Abdruck S. 445) und unten zu §. 136 (Struckmann-Koch, Commentar zu §. 33 Nr. 1).

Gleichgültig bleibt es, ob das Vertheidigungsmittel, mit welchem der Widerklagsanspruch im Zusammenhang steht, primär oder eventuell vorgebracht ist.

Der Zusammenhang zwischen Klags- und Widerklagsanspruch oder zwischen jenem und den vorgebrachten Vertheidigungsmitteln wird nicht erfordert in den Fällen des §. 253. Danach kann z. B. gegen eine Darlehnsklage, die der Erbe des Darlehnsgebers anstellt, eine Widerklage auf Feststellung der Kindesqualität des Klägers im Verhältniß zum Erblasser erhoben werden, wenn das Erbrecht von dieser abgeleitet wird.

6) Die Widerklage muß sich ihrem Begriffe nach gegen den Hauptkläger richten. Sie ist demnach ausgeschlossen gegenüber anderen beim Prozeß betheiligten Personen, z. B. gegen einen Nebenintervenienten oder Mitbeklagten. Dagegen gilt als Hauptkläger auch der Hauptintervenient (§. 69).

Im Falle einer Mehrheit von Klägern kann selbstverständlich jedem einzelnen gegenüber unter den Voraussetzungen des §. 33 Widerklage erhoben werden (s. Wernz, Commentar zu Art. 31 der bayr. CPO. Nr. 3). Mit Widerklage auftreten kann außer dem Beklagten auch sein Nebenintervenient nach Maßgabe des §. 64 (s. diesen).

7) Die Widerklage kann so lange erhoben werden, bis die mündliche Verhandlung der ersten Instanz geschlossen ist, auf welche das Urtheil ergeht (vgl. §§. 251 Abs. 1, 253). Die Erhebung der Widerklage geschieht durch Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung, womit zugleich die Rechtshängigkeit für die Widerklage eintritt (§. 254). Die vorbereitenden Schriftsätze sind in Betreff der Widerklage ebenso wie in Betreff der Klage zu wechseln. (§. 245 und Motive zu §. 241, 243 des Entw.)

Die Entscheidung über die Widerklage kann, wenn nicht ohnehin das Gericht von der Befugniß des §. 136 Abs. 2 Gebrauch gemacht hat, früher oder später als die über die Klage im Wege des Theilurtheiles erfolgen. (§. 273 Abs. 1.)

In der Berufungsinstanz findet keine Widerklage statt. (Vgl. unten zu §. 491 Motive und Erläuterung.)

8) Es gibt gewisse Klagen, gegen welche entweder gar keine Widerklage oder nur Widerklage bestimmter Art zuläßig ist.

Ueberhaupt unzuläßig ist die Widerklage gegen Klagen im Urkunden- und Wechselprozeß (§. 558 Abs. 1), gegen die Klage, womit die Entmündigung angefochten oder deren Wiederaufhebung begehrt wird (§§. 608, 620, 624, 626).

Nur gleichartige Widerklagen sind zuläßig: gegen die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, die Ehescheidungsklage, die Klage auf Ungültigkeitserklärung und Richtigkeitserklärung der Ehe (§§. 575, 587).

9) Die Bestimmung des §. 33 Abs. 1 greift auch in das Gebiet der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte ein. Es muß nämlich als gleichgültig für die Zuständigkeit des Gerichtes der Klage bezüglich der Widerklage bezeichnet werden, ob dieses Gericht die sachliche Zuständigkeit hinsichtlich des Widerklagsanspruchs besitzt. So würde eine Widerklage auf Ueberlassung eines Miethraumes (GVG. §. 23 Ziff. 2) vor dem Landgerichte erhoben werden können, wenn dort beispielsweise auf Bezahlung eines 300 Mk. übersteigenden Miethzinses geklagt ist. Ebenso könnte eine dem Werthe des Streitobjects nach vor das Amtsgericht gehörige Widerklage vor dem Landgericht erhoben werden.

Diese Konsequenz liegt zwar nicht in dem Wortlaut des §. 33 ausgedrückt, da dieser immerhin die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte unberührt lassen könnte. Allein dieselbe ergibt sich aus der ratio legis, wonach Vervielfältigung und Zersplitterung der Prozesse vermieden und über den Haupt- und Gegenanspruch seinem ganzen Umfange nach rechtskräftig entschieden werden soll (s. o. Motive); sie ergibt sich ferner aus der unbedingten Zulassung der Präjudizialwiderklage (§. 253) ohne Rücksicht darauf, ob das Präjudiz nach den Regeln der sachlichen Zuständigkeit vor das Gericht der Klage gehören würde, endlich spricht dafür ganz entscheidend der Abs. 2 des §. 33. Hier wird als einzige Ausnahme von den forum reconventionis der Fall aufgestellt, in welchem auch durch „Vereinbarung" die Zuständigkeit des Gerichtes nicht begründet werden könnte. Das Argumentum a contrario ergibt sich von selbst. — (Vgl. Wernz, Commentar z. bayr. CPO. S. 66 Nr. 8). Es wäre, wenn der Sinn des §. 33 ein anderer sein sollte, auch nicht abzusehen, weßhalb §. 467 ausdrücklich nur für den Fall anders verfügt, wo die Widerklage gegen eine amtsgerichtliche Klage zum Landgericht gehört und eine Partei vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache auf Verweisung des ganzen Rechtsstreits zum Landgericht anträgt.

Wenn die Klage vor der Kammer für Handelssachen erhoben ist und gegen diese eine als Klage vor die Civilkammer gehörige Widerklage gestellt

wird, so ist vor der Verhandlung des Widerbeklagten zur Sache auf seinen Antrag der ganze Rechtsstreit an die Civilkammer zu verweisen (§. 105 Abs. 1 und §. 106 Abs. 1 des GVG.). Diese Verweisung ist auch von Amtswegen zulässig, so lange nicht eine Verhandlung zur Hauptsache (d. i. die Widerklage) erfolgt und auf dieselbe ein Beschluß verkündet ist. (§. 105 Abs. 2 des GVG.) Jedoch kann die Verweisung von Amtswegen nicht deßhalb verfügt werden, weil der Widerbeklagte nicht Kaufmann ist. (§. 105 Abs. 2 des GVG.) Solche Verweisung findet auch statt, wenn die Widerklage als Klage vor das Amtsgericht gehören würde und nicht den Charakter einer Handelssache im Sinne des §. 101 des GVG. hat. (Vgl. unten zu §. 38—40 Nr. 4.)

Liegt der Fall des §. 467 vor und wurde die vor die Civilkammer gehörige Widerklage vor die Kammer für Handelssachen verwiesen, so ist diese zur Verweisung an die Civilkammer von Amtswegen so lange befugt, als nicht zur Widerklage verhandelt und ein Beschluß auf die Verhandlung verkündet worden ist. (§. 103 Abs. 2.)

Eine Widerklage, die als Klage vor die Kammer für Handelssachen gehören würde, ist von der Civilkammer mit der dort anhängigen Klage zu verhandeln und zu entscheiden. Dieß folgt aus der Vorschrift des §. 101 Abs. 1 des GVG., wonach vor die Kammern für Handelssachen „nach Maßgabe der folgenden Vorschriften" die in §. 101 sub Ziff. 1 und 2 aufgeführten Rechtssachen gehören. Diese „folgenden Vorschriften" (§. 102 ff. des GVG.) enthalten aber eine Bestimmung darüber nicht, daß die Widerklage in dem angegebenen Falle vor einer andern als der Civilkammer zu erheben sei, obwohl sie für den entgegengesetzten Fall die angeführten Maßregeln verzeichnen.

10) Wo die Vereinbarung auf das Gericht der Klage für den Widerklagsanspruch unzuläßig wäre, da findet die Bestimmung des Abs. 1 dieses Paragraphen keine Anwendung (s. §. 40).

Es kann daher das an sich unzuständige Gericht der Klage für die Widerklage nicht zuständig werden:

a) wenn die Widerklage nicht einen vermögensrechtlichen Anspruch zum Gegenstand hat, abgesehen von den positiven Vorschriften der §§. 575, 587, 608, 620, 624, 626;
b) wenn für die Widerklage ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht (s. oben Motive zu §. 12).

Ist dagegen das Gericht der Klage ohnehin für den Widerklagsanspruch das zuständige Gericht, so findet hier Widerklage statt. So kann z. B. der auf Alimentenleistung beklagte Vater im Wege der Widerklage (nach §. 253) Feststellung des Kindesverhältnisses beantragen, wenn der

Kläger selbst vor dem Gerichte der Klage seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Diese Consequenz ergibt sich aus der Fassung des §. 33 Abs. 2. Denn wenn hier die Anwendung des Abs. 1 in den Fällen abgelehnt wird, wo „die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage wegen des Gegenanspruches auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können", so setzt dieß den Gedanken voraus, daß das Gericht der Klage in concreto für die Widerklage nach den allgemeinen Regeln unzuständig sei, und es folgt per arg. e contrario der oben aufgestellte Satz.

Die praktische Bedeutung dieses Satzes besteht freilich nicht in dem effectus prorogationis, weil er die Zuständigkeit voraussetzt, wohl aber unter Umständen in dem effectus simultanei processus und in der Ersparung der für die Klagerhebung vorgeschriebenen Förmlichkeiten (§. 254 mit §. 235 Abs. 1).

11) Der Wortlaut des §. 33 Abs. 1 ergibt, daß das forum reconventionis ebenfalls ein fakultatives ist.

---

§. 34.

Für Klagen der Prozeßbevollmächtigten, der Beistände, der Zustellungsbevollmächtigten und der Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen ist das Gericht des Hauptprozesses zuständig.

Motive: „Den einzigen Fall des Gerichtsstandes des materiellen Zusammenhanges gibt in diesem Titel der §. 34 für die Klagen der Prozeßbevollmächtigten, Beistände, Zustellungsbevollmächtigten und Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen an dem Gerichte des Hauptprozesses, unter welchem das Gericht erster Instanz verstanden wird, so daß bei diesem auch die Gebühren und Prozeßauslagen aus dem Verfahren der höheren Instanzen einzuklagen sind. Nach dem rheinischen Rechte war letzteres streitig. Dieser Gerichtsstand entspricht der preuß. Praxis (§. 8 Instr. vom 24. Juli 1833) und ist im §. 18 Nürnb. Entw., §. 32 preuß. Entw., §. 88 sächs. Entw. und Bayern Art. 28 — auch für Ansprüche gegen Advokaten ꝛc. wegen zu viel erhaltenen Vorschusses — vorgesehen. Im §. 34 sind neu hinzugetreten die unter dem gleichen Gesichtspunkte zu beurtheilenden Klagen der Zustellungsbevollmächtigten. Dieser Gerichtsstand erleichtert es den Anwälten, die Vertretung ausländischer Prozeßparteien ohne vorherige Einforderung eines Gebührenvorschusses zu übernehmen. Auch erübrigt die Zulassung dieses Gerichtsstandes die vorherige gerichtliche Festsetzung der ein-

zuklagenden Gebühren und Auslagen, welche schwer zu vermeiden wäre, wenn die Klage vor anderen Gerichten erhoben werden müßte.

„Die Prozeßordnungen von Hannover §. 13, Bayern Art. 33 Abs. 3, Oldenburg Art. 21 und Baden §. 45 generalisiren das Forum der Konnexität und erklären das Gericht der Hauptsache ohne Unterscheidung für die im Laufe des Hauptprozesses hervortretenden Nebensachen für zuständig. Der vorliegende Entwurf vermeidet eine solche allgemeine Bestimmung, erkennt jedoch den Gerichtsstand des Zusammenhanges in einzelnen Anwendungen an, z. B. für die Hauptintervention §§. 61, 639, für das Verfahren gegen einen Rechtsanwalt, welcher eine vorgelegte Urkunde zurückhält — §. 122 — und gegen den ungehorsamen Zeugen — §. 340 —, für die Wiederaufnahme des Verfahrens §. 523, für die Präjudizial-Inzidentklage §. 243."

1) Dieser Paragraph schafft ein fakultatives Forum — im Gegensatz zu Art. 28 der bayr. CPO. — für Klagen der Prozeßbevollmächtigten, Beistände, Zustellungsbevollmächtigten und Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen.

Prozeßbevollmächtigte sind im Anwaltsprozesse nur Anwälte, sonst alle diejenigen, welche von der Partei zur Prozeßführung oder zu einzelnen Prozeßhandlungen ermächtigt sind. (Vgl. §§. 74 ff.) Es sind daher die Bevollmächtigten, welche auf Grund ihrer Vollmacht einen Anwalt mit der Prozeßführung für den Vollmachtgeber betrauen, nicht hieher zu rechnen und ihre Klagen gegen den Vollmachtgeber wegen allenfallsigen Honorars oder wegen Auslagen, die auf diesen Prozeß erwachsen, in dem regelmäßigen Gerichtsstand anzubringen.

Beistände sind die im Parteiprozesse (d. i. dem Prozesse, in welchem eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist) zugleich mit der Partei behufs Unterstützung derselben in der Verhandlung auftretenden Personen (§. 86).

Unter „Zustellungsbevollmächtigten" sind nicht alle jene Personen zu verstehen, an welche Zustellungen rechtswirksam geschehen können, wie z. B. gesetzliche Vertreter einer nicht prozeßfähigen Partei, Generalbevollmächtigte einer Partei (§§. 157, 159), sondern nur die technisch sogenannten „Zustellungsbevollmächtigten" des §. 160 (vgl. §§. 161, 172), d. h. diejenigen Personen, welche von einer weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirkes, in dem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, wohnenden Partei lediglich zu dem Zwecke bevollmächtigt sind, um Zustellungen für die Partei in Empfang zu nehmen.

Die Gerichtsvollzieher sind die Zustellungs- und Vollstreckungsorgane (§. 152 und 674), deren Dienst und Geschäftsverhältnisse durch die Landes-

justizverwaltungen und für das Reichsgericht durch den Reichskanzler bestimmt werden. (GVG. §. 155.)

2) Nur Klagen wegen Gebühren und Auslagen der Prozeßbevollmächtigten ꝛc. können in dem Gerichtsstande dieses Paragraphen erhoben werden. Hierunter fallen nur jene Gebühren und Auslagen, welche in einem Prozesse entstanden sind, also nicht solche, welche z. B. der Anwalt für seine Dienstleistung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder in Administrativsachen zu beanspruchen hat. Dieß folgt aus den Worten des Paragraphen selbst: „ist das Gericht des Hauptprozesses zuständig". Zu den im Prozesse erwachsenen Gebühren und Auslagen gehören aber alle auf die Führung und die Beendigung desselben entfallenden, gleichviel ob die Beendigung durch Urtheil, Vergleich oder Streitabstand (§§. 243, 277) geschieht.

Klagen wegen Gebühren und Auslagen sind nur gegen die eigene Partei des Prozeßbevollmächtigten ꝛc. oder gegen denjenigen möglich, der sich für die betreffende Forderung verbürgt hat, wobei selbstverständlich beiderseits die Erben des Gläubigers und Schuldners diesen gleichgeachtet werden.

Unrichtig ist die Meinung, daß der im Armenrecht zugetheilte Anwalt oder Gerichtsvollzieher der obsiegenden Partei gleichfalls vor dem Gerichte des Hauptprozesses auf Zahlung der Gebühren und Auslagen gegen die unterliegende Partei klagen könne. (Lothar Seuffert, Commentar §. 34 Nr. 2 a. E.) Allerdings gewährt §. 115 Abs. 1 dem Anwalt und Gerichtsvollzieher der obsiegenden armen Partei die Befugniß, ihre Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner direkt beizutreiben. Allein gerade hieraus folgt, daß von einer Klage gegen den in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner nicht die Rede sein kann. Vielmehr wird hier lediglich das Verfahren der §§. 98—100 über den Kostenfestsetzungsbeschluß von dem Armenanwalt auf eigene Rechnung zu betreiben und der Festsetzungsbeschluß zu vollstrecken sein (§. 702 Nr. 3).

3) Zuständig ist das Gericht des Hauptprozesses. Daß hierunter nur das Gericht gemeint sei, bei welchem der Prozeß in erster Instanz anhängig ist oder war, sagen schon die Motive. Damit übereinstimmend ist die Auffassung der Reichstagskommission. Hier stellte der Abg. Reichensperger den Antrag, den Schluß des §. 34 dahin zu fassen:

„ist das Gericht zuständig, vor welchem der Hauptprozeß in erster Instanz geführt worden ist"

und bemerkte: die Aenderung sei nur redaktioneller Natur; denn es sei wohl nicht in der Intention des Entwurfs gelegen, derartige Klagen vor Gerichte höhere Instanzen zu verweisen.

Direktor von Amsberg erklärte hierauf: Nach Absicht des Entwurfs

seien die in §. 34 bezeichneten Klagen vor die Gerichte erster Instanz zu bringen. Es sei als selbstverständlich erachtet worden, daß man bei einem Berufungs- bezw. Revisionsgerichte keine Klage anhängig machen könne.

Mit Rücksicht auf diese Erklärung zog Abg. Reichensperger seinen Antrag zurück (s. Komm.-Prot. S. 770 resp. 520).

Anders lag dieses Verhältniß nach Art. 28 der bayr. CPO. (s. hiezu Wernz, Commentar).

4) Das Gericht des Hauptprozesses ist zuständig ohne Rücksicht auf die Höhe der Gebühren- oder Auslagensumme. Insoferne werden die Regeln des Gerichtsverfassungsgesetzes über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte (§§. 23 und 70) durch diesen Paragraphen durchbrochen und die Stellung des §. 34 in dem Titel von den Gerichtsständen erscheint von diesem Gesichtspunkte aus systematisch unrichtig. Dieses Uebergreifen des §. 34 in das Gebiet der sachlichen Zuständigkeit ist zwar im Gesetze selbst nicht ausdrücklich ausgesprochen, allein es muß aus der ratio legis gefolgert werden, mag diese in der Rücksicht auf die Anwälte 2c. oder auf die Parteien oder auf beide gelegen sein. Es wäre widersinnig, zu behaupten, daß ihre Interessen nur dann Berücksichtigung verdienten, wann die Höhe der Gebühren- oder Auslagensumme sich gerade in den Grenzen bewegte, welche durch die Normen über die sachliche Zuständigkeit dem Gerichte des Hauptprozesses gezogen sind, konkret gesprochen, wenn man das Amtsgericht als Gericht des Hauptprozesses nur dann für zuständig erachten wollte, wann die Summe der Anwaltsgebühren und Auslagen 299 Mk., nicht aber wann sie 301 Mk. betragen oder das Landgericht als Gericht des Hauptprozesses nur in den Fällen entscheiden lassen wollte, wo die Anwaltsgebühren und Auslagen sich unter 300 Mk. hielten.

Nimmt man nun noch hiezu die in den Motiven enthaltene ratio legis als von den gesetzgebenden Faktoren adoptirt an, so tritt die Nothwendigkeit der an die Spitze gestellten Konsequenz nur noch deutlicher hervor. Insbesondere scheint mir dieß aus folgendem (jetzt freilich gegenstandslos gewordenen und deßhalb oben nicht mit abgedruckten) Satze der Motive hervorzugehen:

„Aus der allgemeinen Fassung des §. 34 folgt ohne Weiteres, daß solche Ansprüche auch vor dem Handelsgerichte eingeklagt werden können, soweit sie im handelsgerichtlichen Prozesse entstanden sind".

Denn hierin drückte sich gewiß die vollkommene Außerachtlassung der sachlichen Zuständigkeitsnormen aus und der Umstand, daß dieser Satz wegen Beseitigung der Handelsgerichte aus dem Gesetzentwurf jetzt keine praktische Bedeutung mehr hat, ändert nichts an der Möglichkeit, daraus die Auffassung der Regierung abzuleiten.

Dagegen wird man diesen Satz nicht dazu benützen dürfen, um die Zulässigkeit der Klage auf Gebühren und Auslagen in einem Prozesse vor der Kammer für Handelssachen vor dieser Kammer zu begründen. Unter der Voraussetzung von Handelsgerichten als besonderer und selbstständiger Gerichte hatte die Zulassung der Gebühren- und Auslagenklage vor diesen Gerichten ihren guten Grund und ihre praktische Bedeutung. Da aber die Kammern für Handelssachen nur Landgerichtsabtheilungen sind, die nur in den bestimmt bezeichneten Fällen der §§. 101 ff. thätig werden, so ist unter dem „Gerichte" des Hauptprozesses unmöglich eine einzelne Kammer dieses Gerichtes zu verstehen. Wenn aber nur das Landgericht als Ganzes das zuständige Gericht sein kann, dann wird die Anbringung der Gebührenklage vor der Kammer für Handelssachen nach den allgemeinen Vorschriften über den Geschäftskreis dieser Kammern zu behandeln sein. Es wäre demnach allerdings nicht ausgeschlossen, daß der Anwalt seine Gebühr vor der Kammer für Handelssachen einklagt; es stünde aber m. E. auch dem Beklagten nichts im Wege, die Verweisung vor die Civilkammer zu begehren und unter der Voraussetzung des §. 103 Abs. 2 des GVG. könnte die Verweisung von Amtswegen erfolgen.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß der Gerichtsstand des §. 34 unter Anderem zu dem Zwecke eingeführt sei, „um durch die Zulassung der Klage bei dem Gerichte, vor welchem der Prozeß sich abwickelte, die besondere Feststellung der Gebühren ꝛc. durch das Prozeßgericht zu erübrigen" (Lothar Seuffert a. a. O. §. 34 Nr. 3 a. E.), denn einmal ist die Kammer für Handelssachen, wie gesagt, nicht „das Gericht", vor dem der Hauptprozeß sich abwickelte, und in zweiter Linie wird der angegebene Zweck in gleicher Weise erreicht, wenn das Landgericht als solches für zuständig erklärt ist, da das aktenmäßige Material zur Würdigung des Gebühren- und Auslagenanspruchs der Civilkammer als Landgerichtsabtheilung in gleicher Weise zur Verfügung steht als der Kammer für Handelssachen.

5) Ausgeschlossen von dem forum dieses Paragraphen sind die Klagen der Parteien gegen die Prozeßbevollmächtigten ꝛc. wegen zu viel erhaltenen Vorschusses ꝛc. Vgl. bayr. CPO. Art. 28. Gänzlich verfehlt erscheint die Behauptung, daß auch solche Klagen nach Absicht des Gesetzgebers vor dieses Forum gehörten und diese Absicht unter Zuhülfenahme der §§. 31 und 33 nachweisbar sei (so Siebenhaar, Commentar §. 34). Denn wenn die Prozeßführung Vermögensverwaltung wäre, was sie nicht ist, so wäre das forum eben durch §. 31 und nicht durch §. 34 begründet; nach §. 33 aber ist die Klage gegen den Prozeßbevollmächtigten ꝛc. nur als Widerklage zulässig.

§. 35.

Unter mehreren zuständigen Gerichten hat der Kläger die Wahl.

1) „Unter mehreren zuständigen Gerichten". Eine Mehrheit von zuständigen Gerichten ist in verschiedener Weise möglich:

a) Es können mehrere allgemeine fora konkurriren, wenn der Beklagte mehrere Wohnsitze hat oder hatte (§. 18).

b) Es können mehrere besondere Gerichtsstände konkurriren, z. B. der Gerichtsstand des Berufsaufenthalts (§. 21) und der geführten Verwaltung (§. 31), oder der Gerichtsstand des Vermögens und des Marktortes (§§. 24 und 30), der Erbschaft und der Erfüllung (§§. 28 und 29).

c) Es können besondere Gerichtsstände mit dem allgemeinen Gerichtsstand konkurriren, z. B. der Gerichtsstand der Erfüllung, des Berufsaufenthalts, des Delikts, dagegen innerhalb des Deutschen Reiches nicht der des Vermögens (§. 24), der vielmehr den Mangel des forum domicilii im Deutschen Reiche voraussetzt.

Die Konkurrenz mehrerer Gerichtsstände ist auch möglich in Folge der Lage eines streitigen Grundstückes. In diesem Falle ist das Wahlrecht des Klägers durch §. 36 Ziff. 4 ausgeschlossen.

2) Das Wahlrecht des Klägers wird dadurch konsumirt, daß er bei einem der zuständigen Gerichte die Klage erhebt, wenn der Beklagte von der exceptio litis pendentis Gebrauch macht. (Vgl. §. 235 Ziff. 1 und Motive des Entwurfs vom J. 1871 zu §. 34.) Thut der Beklagte dieß nicht, so wird an der Zuständigkeit des später angegangenen Gerichtes nichts geändert.

Uebrigens folgt aus dem Grundsatze der Rechtshängigkeit (§. 235 Ziff. 1), daß auch in den Fällen, wo jede der beiden Parteien zur Erhebung der Klage berechtigt ist (judicia duplicia), nach Erhebung der Klage vor einem der mehreren zuständigen Gerichte seitens der einen Partei der Rechtsstreit in einem andern Gerichtsstande seitens der Gegenpartei nicht mehr anhängig gemacht werden kann. (Vgl. Motive zum Entw. von 1871 a. a. O.)

---

§. 36.

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht:

1) wenn das an sich zuständige Gericht in einem einzelnen

Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert ist;

2) wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke ungewiß ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei;

3) wenn mehrere Personen, welche bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstande verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist;

4) wenn die Klage in dem dinglichen Gerichtsstande erhoben werden soll und die Sache in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen ist;

5) wenn in einem Rechtsstreite verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben;

6) wenn verschiedene Gerichte, von welchen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.

§. 37.

Die Entscheidung über das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Eine Anfechtung des Beschlusses, welcher das zuständige Gericht bestimmt, findet nicht statt.

Motive: „Die §§. 36, 37 bezeichnen die Fälle, in denen die Bestimmung des zuständigen Gerichts (vergl. Code de proc. titre 19: „des réglemens de juges“) durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht erfolgt, und regeln das Verfahren, welches in diesen Fällen einzuschlagen ist, in möglichst einfacher, zweckentsprechender Weise. Nach dem preuß. Rechte AGO. I, 2 §§. 131 ff., preuß. Entw. §§. 39 ff. findet hier ein sogen. außerordentlicher Gerichtsstand statt.

„Die Fälle der rechtlichen Behinderung des an sich zuständigen Gerichts — §. 36 Nr. 1 — faßt der §. 41 zusammen. Thatsächlich ist das Gericht an der Ausübung des Richteramtes verhindert, z. B. in dem Falle des §. 214.

„Die Nr. 2 des §. 36 ist entgegen dem preuß. Entw. §. 39 Nr. 4 und dem nordd. Entw. §. 69 Nr. 2 nicht auf den Fall beschränkt, daß in Folge eines Streites über die örtlichen Grenzen verschiedener

Gerichte es ungewiß ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei, sondern läßt den §. 36 allgemein eintreten, sobald die Zuständigkeit des Gerichts mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichte zweifelhaft ist. Es fallen mithin unter die Nr. 2 alle Fälle, in denen das Gericht mit Rücksicht auf Umstände, die zu den Grenzen in Beziehung stehen, zweifelhaft wird, z. B. wenn die Grenze das Wohnhaus eines im Gerichtsstande des Wohnsitzes zu belangenden Beklagten durchschneidet, wenn die Verwaltung einer Gemeinde (§. 19) sowohl vom Gemeindehause aus, als aus der Wohnung des Bürgermeisters geführt wird, und beide Grundstücke in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen. Durch die Fassung der Nr. 2 wird auch der Fall gedeckt, wenn eine unerlaubte Handlung (§. 32) sich aus mehreren in verschiedenen Gerichtsbezirken begangenen Handlungen zusammensetzt.

„In den Fällen der Nr. 3 und 4 gewähren Hannover §§. 5, 8, Baden §§. 22 ff., 28, Württemberg Art. 39, 45, Bayern Art. 21, hannov. Entw. §§. 14, 17 dem Kläger das Wahlrecht unter den mehreren konkurrirenden Gerichten. Gegen die Einräumung des Wahlrechts spricht durchgreifend, daß dasselbe durch die einseitige Begünstigung des Klägers den Beklagten in eine zu nachtheilige Lage bringt, auch keine Gewähr dafür bietet, daß dasjenige Gericht mit der Sache befaßt wird, welches nach den Umständen des Falles als das am besten geeignete erscheint. Auch würde das Wahlrecht des Klägers bei der Verschiedenheit der deutschen Civilrechte Unzuträglichkeiten veranlassen und bei Kollusionen des Klägers mit einzelnen Beklagten den übrigen zum Schaden gereichen können (vergl. nordd. Prot. I S. 66). Mit dem Entwurf entscheiden gegen das Wahlrecht das preußische und französische Recht, Oldenburg Art. 29, 30, Braunschweig §§. 39, 40, Hannover §. 18, preuß. Entw. §. 39, nordd. Entw. §. 69.

„Das Zusammentreffen mehrerer Gerichte der belegenen Sache — Nr. 4 entscheidet Baden §. 27 dahin, daß es den Rechtsstreit vor dasjenige Gericht verweist, in dessen Bezirke nach Maßgabe des Steueranschlags sich der größte Theil des Streitgegenstandes befindet. Diese Lösung erfordert aber durch die vom Kläger zunächst einzuholenden Auszüge des Katasters eben so viel Zeit, als das Verfahren des Entwurfs und macht den Aufwand von Kosten nöthig. Der badischen Bestimmung steht ferner entgegen, daß manche Kataster die Grund- und Gebäudesteuer kombinirt angeben, daß die Höhe dieser Abgaben im Laufe der Zeit wechselt und daß jedenfalls der Rechtszustand bei der Verschiedenheit der deutschen Grundsteuergesetze kein einheitlicher sein könnte.

„Der §. 36 kann selbstverständlich in einem anhängigen Prozesse unter Umständen erst in höherer Instanz eintreten. Der nordd. Entw. §. 72, preuß. Entw. §. 42 bemerken dies ausdrücklich.

„Das zuständige Gericht wird bestimmt:

a) im Falle des §. 36 Nr. 1 von dem im Instanzenzuge zunächst höheren Gerichte,.

b) in den übrigen Fällen des §. 36 von demjenigen im Instanzenzuge zunächst höheren Gerichte, zu dessen Bezirke die verschiedenen Gerichte gehören.

„Hieraus folgt: gehören die Gerichte den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte an, so erfolgt die Bestimmung durch das Reichsgericht. Eine Ausnahme enthält das Einführungsgesetz zur Civilprozeßordnung §. 6 (= 9). Sind in einem Bundesstaate mehrere Oberlandesgerichte errichtet und ist in diesem Bundesstaate auf Grund der Bestimmung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze §. 7 (= 8) für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein oberstes Landesgericht eingesetzt, so trifft das letztere Bestimmung über den zuständigen Richter, wenn die betreffenden Gerichte innerhalb der Bezirke verschiedener dem Bundesstaate angehöriger Oberlandesgerichte ihren Sitz haben. Dagegen tritt die Regel, also die Kompetenz des Reichsgerichts, wieder ein, falls es sich um die Zuständigkeit der Gerichte verschiedener Bundesstaaten handelt, weil in diesem Falle das Reichsgericht für alle in Betracht kommenden Gerichte die gemeinsame Spitze bildet.

„Gegen die in dem §. 37 geordneten Verfahren ergangene Entscheidung schließen gleich dem Entwurf auch Hannover §. 18 Abs. 3, Bayern Art. 35 Abs. 5, hannov. Entw. §. 26 Abs. 4 ausdrücklich die Beschwerde aus."

1) Zu Ziff. 1 vgl. die §§. 44—46.

2) Die Vorschrift der Ziff. 3 ersetzt das gemeinrechtliche forum continentiae causarum ex identitate fundamenti personali; die der Ziff. 4 das forum continentiae c. e. i. f. reali (s. Wetzell, System 3. Auflage S. 464 lit. d). Bei einer Mehrheit von Beklagten als Streitgenossen (§§. 56, 57) soll im Interesse der Vereinfachung und Konzentrirung des Verfahrens vor einem einzigen Forum geklagt werden können. Da aber von den mehreren fora der Beklagten an sich jedes nur für den einzelnen Beklagten zuständig sein kann, so müßte zur Herbeiführung jener Möglichkeit eine ausdrückliche Bestimmung getroffen werden.

Diese Bestimmung geht im Widerspruch — nicht, wie die Motive sagen, im Einklange — mit dem französischen Rechte (s. Art. 54 Code de procédure civile) dahin, daß das höhere Gericht die Zuständigkeit eines der niederen Gerichte bestimme, also gegen das Wahlrecht des Klägers. Voraussetzung dieser präparatorischen Prozedur ist aber: Mangel eines gemeinschaftlichen allgemeinen oder besonderen Gerichtsstandes.

Diese Voraussetzung hat der neue Prozeß dem Gemeinen Civilprozeß

entlehnt. (Vgl. Wetzell a. a. O.) Hiedurch kann der an sich fakultative Spezialgerichtsstand im Falle einer beklagtischen Streitgenossenschaft ein ausschließlicher werden; so z. B. wenn zwei Beklagte mit verschiedenen Wohnsitzen aus einem Schuldversprechen belangt werden, das an einem bestimmten Orte zu erfüllen ist. Hier ist das Gericht dieses Erfüllungsortes ausschließlich zuständig, wenn anders der Kläger beide Schuldner gemeinschaftlich belangen will.

„Die Sache", welche in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen ist, darf nicht ausschließlich als ein Grundstück gedacht werden. Es versteht sich vielmehr von selbst, daß auch zwei und mehrere äußerlich abgegrenzte Grundstücke, die zusammen aus einem gleichen Klaggrund als ein Ganzes mit dinglicher Klage verfolgt werden und die in verschiedenen Gerichtssprengeln liegen, als „die Sache" der Ziff. 4 erscheinen. Dieß trifft insbesondere zu, wenn ein Grundstück Pertinenz des andern ist. Nicht zu verwechseln mit diesem Falle ist aber der der objektiven Klagenhäufung in Bezug auf mehrere Grundstücke in verschiedenen Bezirken. Diese objektive Klagenhäufung setzt vielmehr Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes für jede der mehreren Klagen voraus. (§. 232.)

3) Die Festsetzung der Zuständigkeit im Falle des Kompetenzkonflikts zwischen mehreren Gerichten ist in Ziff. 5 u. 6 geordnet.

Ziff. 5 handelt von dem Falle des affirmativen Kompetenzkonflikts. Ein solcher ist möglich:

a) Bei actiones duplices, wenn jede der beiden Parteien ihre Klage bei einem andern Gerichte angebracht hat.

b) Unter derselben Voraussetzung bei Anstellung der konfessorischen Klage und der Negatorienklage gegen die angemaßte Servitut. Dieß wird insbesondere dann möglich sein, wann die beiden Kläger in der Schätzung des Streitobjekts so von einander abweichen, daß der eine über 300 Mk. hinauskommt, der andere die Grenze von 300 nicht überschreitet.

c) Wenn von den Betheiligten bei verschiedenen Gerichten die Feststellungs- bezw. Echtheitsklage erhoben wird (§. 231).

Ziff. 6 handelt von dem Falle des negativen Kompetenzkonflikts, der bei allen Klagen vorkommen kann, also auch bei den sub a—c genannten.

4) Voraussetzung für beide Arten des Kompetenzkonflikts ist:

a) Einheit des Rechtsstreits. Diese Einheit ist gewahrt, auch wenn einmal die Klage als Wider- oder Inzidentklage (§§. 33, 253), das andere Mal als Hauptklage angebracht wurde, oder wenn beide Male das erstere Verhältniß obwaltet.

b) Ausspruch der verschiedenen Gerichte über ihre Zuständigkeit bez. Unzuständigkeit durch Urtheil.

Es genügt demnach nicht, daß verschiedene Gerichte mit dem Rechtsstreit befaßt sind, daß dieser m. a. W. bei verschiedenen Gerichten anhängig ist; dieser Umstand gilt noch nicht als Kompetenzkonflikt; es muß vielmehr eine Entscheidung der sämmtlichen angegangenen Gerichte über ihre Zuständigkeit oder Unzuständigkeit durch Urtheil vorliegen.

Diese Entscheidung muß immer ein Endurtheil sein, wo die Klagen wegen Unzuständigkeit abgewiesen werden. Sie kann ein Zwischenurtheil sein (§. 275), wo das Gericht seine Zuständigkeit ausspricht, ohne daß die Sache selbst zur Entscheidung reif wäre. Doch wird ein solches Zwischenurtheil in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil angesehen (§. 248 Abs. 2 cf. §§. 472 und 507).

c) Rechtskraft dieses Ausspruchs. (Anders Bayern Art. 34. S. Wernz, Commentar Art. 34 Nr. 4.) Wenn aus diesem Erforderniß die Folgerung abgeleitet wird (Lothar Seuffert a. a. O. §. 36 Nr. 3 a. E.), daß ein Kompetenzkonflikt nur insoweit möglich sei, als die Urtheile der Rechtskraft überhaupt fähig sind, so scheint diese Folgerung entweder überflüssig oder unrichtig bez. verwirrend. Ueberflüssig deßhalb, weil alle Endurtheile der Rechtskraft (im formellen Sinne) fähig sind (§. 19 des EG. zur CPO.); unrichtig dann, wenn gemeint wäre, ein Kompetenzurtheil sei nur der Rechtskraft fähig, sofern darin zugleich über den Klagsanspruch selbst entschieden wäre; denn §. 293, an welchen allein gedacht werden könnte, bezieht sich lediglich auf die Rechtskraft im materiellen Sinne, d. h. er beschränkt die Rechtskraft dessen, was ein Urtheil über einen Anspruch enthält, auf diejenigen Sätze desselben, welche über den Anspruch entscheiden, schließt demnach die Entscheidungsgründe von der Rechtskraft aus, ändert jedoch an der Definition des §. 19 des EG. zur CPO. nichts.

Zu Ziff. 5 beantragte der Abg. Klotz Streichung des Wortes „rechtskräftig." Derselbe führte zur Begründung seines Antrags aus:

„Die Bestimmungen des §. 36 erschöpfen nicht alle Fälle, in denen die Bezeichnung eines zuständigen Gerichts durch das Obergericht nöthig sei. Namentlich sei der Fall nicht gedeckt, wo dieselbe Sache thatsächlich vor zwei verschiedenen Gerichten verhandelt werde, welche an und für sich beide zuständig seien. Z. B. A klage aus einem Pferdehandel den Kaufpreis gegen B bei dem Gerichte X ein und B exzipire, daß das Pferd fehlerhaft sei. Gleichzeitig könne bei dem Gerichte Y eine Klage des B

gegen den A auf Zurücknahme des Pferdes anhängig sein, die sich auf dieselbe Behauptung wie jene Einrede stütze, so daß in beiden Prozessen über die Giltigkeit des Geschäfts zu urtheilen wäre. Er wünsche, daß auch in Fällen dieser Art das Obergericht eingreifen könne."

Direktor von Amsberg erwiderte: „Die vom Vorredner berührten Fälle passen nicht hierher, wo es sich zunächst darum handle, für positive Kompetenzkonflikte Vorschriften zu geben."

Hierauf wurde dem Antrag Klotz entgegen unveränderte Annahme des §. 36 beschlossen (Komm.=Prot. S. 508 resp. 770). Der Abg. Bähr erklärte, daß Ziff. 5 nicht recht verständlich sei und den Grundsätzen über res judicata nicht entspreche. Derselbe beantragte Streichung der Ziff. 5, eventuell, nach dem Worte „Gerichte" den Satz einzuschieben: „deren Zuständigkeit einander ausschließt."

Diese Anträge wurden von verschiedenen Seiten bekämpft. §. 36 wurde in der gegenwärtigen Fassung angenommen. (Komm.=Prot. S. 12.)

Aus dem Erfordernisse der Rechtskraft folgt in Gemäßheit dieser Definition, daß der Kompetenzkonflikt nicht als vorhanden zu erachten sei, so lange das eine oder das andere der Urtheile mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann.

Ueber das Verhältniß von §. 36 Ziff. 6 zu §. 11 s. o. die Motive zu diesem §. a. E.

5) Für den Kompetenzkonflikt ist es gleichgiltig, ob der Rechtsstreit bei den verschiedenen Gerichten zu gleicher Zeit anhängig war oder ob die Anhängigkeit bei dem einen erst nach rechtskräftiger Entscheidung des andern eintritt.

Gleichgiltig ist ferner, ob die mehreren Gerichte zu einander im Koordinations= oder Subordinationsverhältnisse stehen. (Anders in der bayr. CPO. Art. 34.)

6) Der Kompetenzkonflikt kann, wie die Motive konstatiren, erst in höherer Instanz sich ergeben. Dieß ist z. B. der Fall, wenn gegen die Entscheidung zweier sich für zuständig oder unzuständig erklärender Gerichte die Berufung ergriffen und die Berufung von beiden Berufungsinstanzen verworfen wird.

7) Zum negativen Kompetenzkonflikt ist erforderlich, daß von den mehreren Gerichten, welche ihre Zuständigkeit rechtskräftig verneint haben, eines wirklich zuständig sei. Er ist nicht schon dann gegeben, wenn mehrere Gerichte sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.

8) Nach deu Grundsätzen des öffentlichen Rechts versteht sich von selbst, daß die Vorschriften des §. 36 sich nur auf Deutsche Gerichte beziehen können, da es für fremde Gerichte dem Deutschen Gesetzgeber an der erforderlichen Gesetzgebungsgewalt gebricht.

9) Der Wortlaut des §. 36 Ziff. 5 und 6 und des Einf.-Ges. zur CPO. §. 15 Ziff. 1 beschränkt die Regelung des Kompetenzkonflikts auf die Civil-Gerichte. Bezüglich des Kompetenzkonfliktes zwischen Gerichten auf der einen und Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten auf der anderen Seite hat es bei den Landesgesetzen sein Bewenden.

10) Der Kläger, welcher Interesse daran hat, daß das zuständige Gericht bestimmt werde, muß zufolge des §. 37 bei dem höheren Gerichte, dem die Festsetzung der Zuständigkeit zukommt, ein darauf gerichtetes Gesuch anbringen. Ueber die Form dieses Gesuches enthält das Gesetz keine Normen. Für eine Reihe von Gesuchen ist ausdrücklich bestimmt, daß sie auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden können (§§. 44, 98, 109, 225). Es steht aber nichts im Wege, daß diese Form auch zur Anbringung des Gesuches nach §. 37 gewählt werde. Nach §. 154 des GVG. kann dieß wohl auch auf dem Verordnungswege vorgeschrieben werden. (A. M. Lothar Seuffert a. a. O. §. 37 Nr. 1, dessen Argumentum e contrario mir nicht schlüssig scheint.) Daneben ist die schriftliche Form des Gesuches gleicherweise zu gestatten. Der Anwaltszwang besteht für Gesuche dieser Art nicht. Denn wie man auch über die Zulässigkeit der protokollarischen Abgabe des Gesuches entscheiden mag, so steht doch fest, daß der Anwaltszwang nicht eingeführt werden wollte „für Prozeduracte, welche sich nicht als grundsätzliche Bestandtheile der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte darstellen.“ [Vgl. Motive zu §. 72 (= 74); Kortkampf'scher Abdruck S. 430. Offizielle Ausgabe S. 99]. Zu diesen Prozedurakten gehört aber das Gesuch des §. 37 gewiß nicht, da ja der Entscheidung darüber nicht einmal eine mündliche Verhandlung vorausgehen muß. Ueberdieß ergibt sich aus der Fassung des §. 74 Abs. 1, daß der Gesetzgeber den Anwaltszwang lediglich vor dem Prozeßgerichte beabsichtigt hat. Es geht aber nicht an, das höhere Gericht, welches auf einseitigen Antrag hin in den Fällen des §. 36 die Zuständigkeit eines untergebenen Gerichtes festsetzt, m. a. W. in Ausübung einer Art administrativer Gewalt das Prozeßgericht erst bestimmt, selbst als das Prozeßgericht zu erachten. Daß der Gesetzgeber unter „Prozeßgericht“ nur das Gericht verstanden wissen will, welches über einen Rechtsstreit entscheiden soll, ergibt sich zur Genüge aus den §§. 53, 55 Abs. 1, 97 Abs. 1 und 109 Abs. 1 im Zusammenhalte mit §. 106 sowie aus den Motiven zu §. 106 des Entwurfs. (Off. Ausgabe S. 125. Kortkampf'scher Abdruck S. 441.)

11) Die Zulässigkeit der Entscheidung über das Festsetzungsgesuch ohne vorgängige mündliche Verhandlung ergibt sich aus dem Prinzip des §. 119, wonach nur die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte eine mündliche sein muß. Doch ist hiedurch nicht aus-

geschlossen, daß eine mündliche Verhandlung vor der Entscheidung durch das Gericht veranlaßt wird. Hierüber äußert die „Allgemeine Begründung" des Entwurfs (§. 4):

„Selbst in denjenigen Fällen ist für den Grundsatz der Mündlichkeit kein Raum, wo eine richterliche Entscheidung auf einseitigen Antrag einer Partei zu treffen ist oder doch getroffen werden kann. Dahin gehören beispielsweise Arreste und einstweilige Verfügungen, die Ablehnung eines Richters und die Bestimmung des rechten Richters.

„In derartigen Fällen wird der Gesetzgeber, um die richtige Anwendung der Gesetze zu sichern, auszusprechen haben, daß die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandluug erfolgen könne, wodurch nicht ausgeschlossen wird, daß das Gericht nach Lage des einzelnen Falles entweder der Gegenpartei Gelegenheit gibt, sich zu Protokoll oder mittelst eines Schriftsatzes zu erklären, oder erst entscheidet, nachdem eine mündliche Verhandlung ausnahmsweise angeordnet worden ist."

12) Die Unanfechtbarkeit des Beschlusses, welcher die Zuständigkeit festsetzt, ist zum Ueberfluß in §. 37 ausgesprochen. Sie ergäbe sich aus dem Rechtsmittelsystem des Gesetzes von selbst. Denn die Berufung, die Revision und die Wiederaufnahme des Verfahrens sowie der Einspruch setzen ein „Urtheil" und zwar ein Endurtheil voraus (§§. 472, 507, 541). Die Beschwerde aber findet nur innerhalb der in §. 530 gezogenen Grenzen statt.

13) Anfechtbar, und zwar durch Beschwerde, ist die Abweisung des Festsetzungsgesuches, soferne diese nicht schon durch die höchste Instanz erfolgt ist (§. 530).

Dritter Titel.

Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§. 38.

Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig.

§. 39.

Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.

§. 40.

Die Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.

Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, oder wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

Motive: „Im Einklange mit der Tendenz der neueren deutschen Prozeßgesetze und Entwürfe (Hannover §. 19, Oldenburg Art. 27, Baden §§. 46 ff., Württemberg Art. 59—64, Bayern Art. 38, 39, preuß. Entw. §§. 34 bis 38, hannov. Entw. §§. 27, 28, nordd. Entw. §§. 76—78) gewähren die Vorschriften des dritten Titels der prorogatio fori einen weiten Spielraum.

„Das prorogirte Gericht hat kein Recht des Widerspruchs gegen die Prorogation. Ein solches Widerspruchsrecht, welches das gemeine Prozeßrecht, die badische Prozeßordnung §. 46 und der sächs. Entw. §. 71 einräumen, entbehrt der ausreichenden Begründung.

„Ganz abgesehen davon — bemerken die Motive zur hannoverschen Prozeßordnung (Leonhardt, die bürgerliche Prozeßordnung 4. Auflage S. 31) —, daß es nicht passend sein dürfte, wenn die richterliche Thätigkeit nicht durch feste Regeln bestimmt ist, vielmehr nach Willkür geübt werden darf, scheine es dem bei Anordnung der Rechtspflege in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vorherrschenden Gesichtspunkte auf das Interesse der Parteien der Erleichterung und Beförderung der Rechtspflege zu entsprechen, wenn dem übereinstimmenden Willen der Parteien auch in Betreff der Bestimmung der Gerichtszuständigkeit Berücksichtigung geschenkt werde. Der hiergegen zu erhebende Einwurf, daß unter solchen Umständen die Ueberhäufung einzelner Gerichte zu befürchten, dürfte rein theoretischer Natur sein. Das Interesse der Parteien führe sie der Regel nach vor den an sich zuständigen Richter, eben weil das Gesetz bei der Ordnung der Gerichtsstände durch lokale Verhältnisse und das Interesse der rechtsuchenden Parteien geleitet werde. Hiervon aber ganz abgesehen, sei zu erwägen, daß nur der übereinstimmende Wille der Parteien entscheide, und der Erfahrungssatz zu beachten, daß die Parteien der Regel nach sich mit Mißtrauen begegnen und in dem gegenseitigen Anerbieten Gefahr für sich erblicken, daß selbst die Sachführer derartige Gesinnungen, auch wenn sie dieselben nicht theilen, nicht unberücksichtigt lassen dürften.

„Die Praxis hat die obige Bemerkung, daß der fragliche Einwurf rein

theoretischer Natur sei, als richtig bestätigt. Sowohl in den Rheinprovinzen als auch in der Provinz Hannover ist von der Prorogation namentlich in der Richtung, daß zur Kompetenz der Kollegialgerichte gehörige Sachen an die Einzelrichter gebracht sind, zwar in erheblichem Maße Gebrauch gemacht; allein die befürchtete Ueberlastung einzelner Gerichte ist dadurch nicht hervorgetreten (hannov. Prot. II S. 557).

„Der §. 40 setzt der Prorogation bestimmte Schranken: er verhindert, daß die vom Gesetze aus besonderen Rücksichten im Interesse der öffentlichen Ordnung getroffenen Kompetenzbestimmungen geändert werden. Die Prorogation ist deshalb unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Klagen — z. B. Ehe- und Statussachen — betrifft, sowie ferner, wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist — z. B., wenn es sich um Ansprüche handelt, welche nur im dinglichen Gerichtsstande geltend gemacht werden können. Auch ist, um einer willkürlichen Aufhebung des allgemeinen Gerichtsstandes vorzubeugen, der Prorogation nur dann rechtliche Wirkung beigelegt, wenn sie sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß und die daraus entspringenden Rechtsstreitigkeiten bezieht. Dagegen greift der obige Gesichtspunkt rücksichtlich der sonstigen Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte, insbesondere nach Summen, nicht in dem Maße Platz, daß sich der Gesetzgeber genöthigt sehen müßte, dieselben von der Prorogation auszunehmen. Es wäre dies um so weniger angemessen, als gerade hier in der Erweiterung der Privatwillkür ein bedeutendes Mittel gegeben ist, um die Nachtheile und Schwierigkeiten zu heben, welche mit der Abgrenzung der Zuständigkeit verknüpft sind. Denn mag auch der Gesetzgeber bei dieser Abgrenzung noch so sehr die Interessen der Parteien in Betracht ziehen, so bleibt doch eine gewisse Willkür unvermeidlich, so daß im Einzelnen zahlreiche Fälle vorkommen können, in denen die Abgrenzung keineswegs dem Interesse der Parteien entspricht. Insoweit z. B. die Zuständigkeit der Gerichte von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängt, liegt kein genügender Grund vor, die Parteien zu hindern, die Summe von 100 Thlrn. nicht übersteigende, aber schwierige Sachen vor dem Landgerichte zu verhandeln und sich auf diesem Wege für die Rechtsmittelinstanzen den Zutritt zu den höheren Gerichten (Oberlandesgericht, Reichsgericht) zu eröffnen, oder umgekehrt die amtsgerichtliche Kompetenz übersteigende, aber einfache Sachen in dem weniger kostspieligen, dem Anwaltszwange nicht unterworfenen, mit dem Vortheile der sofortigen Vollstreckbarkeit des Urtheils ausgestatteten amtsgerichtlichen Verfahren zur Erledigung zu bringen. Der Ausschluß der Prorogation in derartigen Fällen würde das Gericht verpflichten, in jedem einzelnen Falle den Werth des Streitgegenstandes zu prüfen und festzustellen. Damit würde die Veran-

lassung zu zahlreichen Kompetenzstreitigkeiten gegeben sein. Besonders würden die Inkonvenienzen beim Ausschlusse der Prorogation in den §§. 447, 448 behandelten Fällen hervortreten. Wäre z. B. das Amtsgericht in diesen Fällen stets genöthigt, seine Kompetenz zu untersuchen, so würde jede Partei ein Mittel in die Hand bekommen, durch Erhebung eines die amtsgerichtliche Kompetenz überschreitenden Anspruchs den durchverhandelten Prozeß auf seinen Anfang zurückzuwerfen. Der Entwurf hat daher, wie die allgemein gehaltene Fassung des §. 38 Abs. 1 ergibt, kein Bedenken getragen, zu gestatten, daß nicht nur ein örtlich unzuständiges Gericht durch Vereinbarung zuständig wird, sondern daß auch durch Vereinbarung amtsgerichtliche Sachen vor die Landgerichte und landgerichtliche Sachen vor die Amtsgerichte gebracht werden können.

„Die Prorogation auf ein Gericht höherer Instanz mit der preuß. AGO. I. 12. Anh. §. 100 zum §. 20 und mit der badischen Prozeßordn. §. 47 zuzulassen, fordert kein überwiegendes Bedürfniß.

„Eine Bestimmung über das domicile élu war nicht erforderlich, da die Vorschriften des französischen Rechts über die Wahl eines Wohnsitzes pour l'execution d'un acte in die umfassenderen Bestimmungen des §. 38 aufgehen, insbesondere diese Bestimmungen auch der Vereinbarung — was der preußische Entw. §. 38 noch ausdrücklich ausgesprochen hat — nicht entgegenstehen, daß der prorogirte Gerichtsstand ein ausschließlicher sein solle (nordd. Prot. I S. 72).

„Daß die prorogatio fori auch für Nebenintervenienten und Litisdenunziaten bindend ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Diese Personen sind Nebenpersonen im Prozesse; ein Recht auf die Verhandlung der Sache vor einem bestimmten Gerichte steht ihnen nicht zu.

„Die Vereinbarung der Parteien, durch welche ein an sich unzuständiges Gericht die Zuständigkeit erlangt, kann nach §. 38 eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. In §. 39 wird ein besonderer Fall der stillschweigenden Vereinbarung hervorgehoben, welche auch in anderen Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen (Hannover §. 19, Baden §. 49, Württemberg Art. 59, Bayern Art. 39, preuß. Entw. §. 36, hannov. Entw. §. 27, nordd. Entw. §. 76) eine spezielle Berücksichtigung gefunden hat. Wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, vor einem unzuständigen Gerichte zur Hauptsache mündlich verhandelt, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß er sich diesem Gerichte freiwillig unterwerfe. Dagegen bestimmt der Entwurf nicht, daß eine stillschweigende Vereinbarung auch dann anzunehmen sei, wenn der Beklagte in dem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint (§§. 286, 288), denn aus der Thatsache des Nichterscheinens ist eine Unterwerfung unter das an sich unzuständige Gericht nicht zu folgern;

der nicht erschienene Beklagte darf erwarten, daß das unzuständige Gericht die Unzuständigkeit von Amtswegen aussprechen werde. Er thut dies jedoch auf seine Gefahr; hat das Gericht, seiner Unzuständigkeit ungeachtet, gegen ihn in contumaciam erkannt, so muß er rechtzeitig den Einspruch — (beziehungsweise die Berufung §. 454) — einlegen und die Aufhebung des Urtheils wegen Mangels der Zuständigkeit beantragen, widrigenfalls das Urtheil, obgleich von einem an sich unzuständigen Gerichte erlassen, in Rechtskraft übergeht (Motive zum preuß. Entw. S. 21). Eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Richtung erschien nicht erforderlich, obschon der nürnb. Entw. §. 20, der preuß. Entw. §. 36 und die bayer. Prozeßordn. Art. 39 eine solche enthalten."

1) Ein an sich unzuständiges Gericht ist die erste objective Voraussetzung der Prorogation; „an sich" d. h. nach den Regeln der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit; auch nach beiden Richtungen zugleich kann die Unzuständigkeit gegeben sein. Ein Antrag des Abgeordneten Dr. Wolffson in der Reichstagskommission, am Schluß des ersten Absatzes von §. 38 hinzuzufügen: „— ein unzuständiges Landgericht jedoch nur, wenn dasselbe sachlich zuständig ist", weil es den Parteien nicht gestattet werden könne, mit solchen Sachen, für welche die Gesetzgebung ein Einzelgericht ausreichend hält, ein ganzes Kollegialgericht zu behelligen, und weil andernfalls derartige Sachen an das Reichsgericht gelangen könnten, wogegen die Schwierigkeit der Offizialprüfung der Kompetenz nicht in Betracht komme, wurde von der Kommission abgelehnt. (Komm.-Prot. S. 13, 20.)

2) Die zweite objective Voraussetzung der Prorogation ist die Eigenschaft des prorogirten Gerichtes als Gerichtes erster Instanz; damit ist jedoch nicht gemeint, daß dieses Gericht in concreto nach den Regeln der sachlichen Zuständigkeit als erste Instanz angegangen werden könnte, sondern nur soviel, daß vor demselben überhaupt Prozesse in erster Instanz anhängig werden können und daß der gegenwärtige Prozeß in erster Instanz geführt werde. Demnach kann die Prorogation nur vor Amtsgerichten und Landgerichten erfolgen. Denn dieß sind die Gerichte, welche als erste Instanzen je nach Verschiedenheit der Fälle fungiren; aber es kann ein Landgericht angegangen werden, wo ein Amtsgericht sachlich zuständig und bei Einhaltung der Regel jenes das Berufungsgericht für dieses wäre.

Dagegen ist die Prorogation unmöglich, wenn ein Rechtsstreit in zweiter oder höherer Instanz schwebt. —

3) Die Wirkung der Prorogation ist für das Gericht absolut bindend; es kann sich derselben nicht widersetzen. In der Reichstagskommission wurde zwar der Versuch gemacht, den Gerichten die Befugniß zur Ablehnung ihrer Zuständigkeit trotz der Prorogation insolange zu wahren, als nicht eine

mündliche Verhandlung zur Hauptsache erfolgt und auf diese ein Beschluß verkündet wäre; allein dieser Versuch scheiterte an dem Widerspruch der Kommission. (Komm.-Prot. S. 13, 21, 508, 509 bezw. 770, 771.)

4) Eine Ausnahme von der absolut bindenden Wirkung der Prorogation hatte der Entwurf des §. 38 in einem Abs. 2 für die projektirten „Handelsgerichte" aufgestellt und zwar ganz in dem Sinne des sub Nr. 3 angedeuteten Versuches. Diese Ausnahme wurde aber durch §. 12 des GVG. gegenstandslos, da dieser Paragraph die Handelsgerichte des Entwurfs beseitigt hat. Allein ganz in der gleichen Weise wurde dieselbe auf die Kammern für Handelssachen übertragen durch §. 103 Abs. 2 des GVG. (s. oben S. 38). Wenn nun auch die Kammern für Handelssachen nicht selbstständig organisirte Gerichte sind, so läßt sich gleichwohl zufolge des §. 103 Abs. 2 des GVG. auf die vor ihnen vollzogene Prorogation genau dasselbe anwenden, was die Motive zu §. 38 Abs. 2 des Entwurfes von der Prorogation vor den Handelsgerichten ausführen wie folgt:

„Eine Ausnahme ist in §. 38 Abs. 2 für die Handelsgerichte zugelassen, indem diese zwar befugt, aber nicht verpflichtet sind, gegenüber einer Prorogation ihre Unzuständigkeit auszusprechen. Die Organisation und die auf bestimmte Rechtsstreitigkeiten beschränkte Kompetenz der Handelsgerichte läßt es gerechtfertigt erscheinen, daß sie in einem einzelnen Falle eine gesetzlich nicht zu ihrer Zuständigkeit gehörende Streitsache ungeachtet des übereinstimmenden Willens der Parteien, dieselbe vor dem Handelsgerichte zu verhandeln, von sich abweisen dürfen. Im Interesse der Parteien ist aber eine solche Abweisung nur so lange für statthaft erklärt, als nicht eine mündliche Verhandlung zur Hauptsache erfolgt und auf dieselbe ein Beschluß verkündet ist. Die Verhandlung und Entscheidung von prozeßhindernden Einreden beseitigt die Befugniß zur Abweisung noch nicht, da das Handelsgericht vielfach erst durch die Verhandlung zur Hauptsache in die Lage versetzt werden wird, mit Sicherheit beurtheilen zu können, ob die Sache zu seiner Kompetenz gehört oder nicht. Ebensowenig genügt ein Vertagungsbeschluß, um dem Handelsgerichte die Befugniß zur Abweisung zu entziehen, denn nur aus einem auf die Verhandlung zur Hauptsache selbst erlassenen Beschlusse läßt sich entnehmen, daß das Handelsgericht die Sache angenommen und auf sein Widerspruchsrecht Verzicht geleistet habe."

Die Abweisung der Sache von der Kammer für Handelssachen ist stets auch eine Verweisung an die Civilkammer. Sie kann niemals in rechtsgültiger Weise aus dem Grunde geschehen, daß der Beklagte nicht Kaufmann ist. (GVG. §. 103 Abs. 2.)

Gehört der Rechtsstreit seinem Werthe nach vor die Amtsgerichte, dagegen seinem juristischen Charakter nach vor die Kammer für Handels-

sachen (GVG. §. 101 Ziff. 1—3), so findet §. 38 auch vor der Kammer für Handelssachen Anwendung, d. h. die Prorogation auf diese Kammer ist zulässig und für dieselbe bindend. Diese Konsequenz wird zwar in den Motiven und Kommissionsverhandlungen nirgend berührt, geschweige denn ausgesprochen; allein sie wird in den Verhandlungen des Reichstags über das GVG. widerspruchslos adoptirt.

Der §. 103 des GVG. erscheint als Bestandtheil des Antrags Becker und Genossen, betr. die Beseitigung der Handelsgerichte und Einführung von Kammern für Handelssachen, in der zweiten Berathung des Reichstags über das GVG. unter der Nummer §. 83a. In der Sitzung des Reichstags vom 23. November 1876 stellten die Abgeordneten Dr. Goldschmidt und Dr. Beseler den Antrag, die Bestimmung des §. 83a Abs. 2 zu streichen. Zu diesem Antrag bemerkte der Commissarius des Bundesraths, Geheimer Regierungsrath Hagens u. a.:

„Ein gesunder Gedanke liegt vielleicht dem Antrage zu Grunde, insoferne als man die Befugniß der Kammern für Handelssachen, trotz der Prärogative, die Sache zurückzuweisen, beschränken möchte, nicht blos, wie der §. 83a im Abs. 2 zuletzt erwähnt, dadurch, daß die Kammer nicht sagen dürfe: der Beklagte sei nicht Kaufmann, sondern auch dadurch, daß die Kammer nicht von amtswegen geltend machen dürfe: . . . . der Werth des Streitgegenstandes übersteige nicht die Summe von 300 Mark. In letzterer Beziehung möchte ich hervorheben, daß darüber die Bestimmungen des Entwurfs sich nicht klar aussprechen. . . . ."

Hierauf entgegnete der Berichterstatter Abg. Becker:

„Der Vertreter der verbündeten Regierungen, der eben gesprochen hat, hat die Frage aufgeworfen: wie verhalten sich diese Bestimmungen über die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen zu den Bestimmungen über die Abgrenzung der Kompetenz der Landgerichte gegen diejenige der Amtsgerichte? Ich sage ganz einfach: sowie bei der Civilkammer. Soweit an die Civilkammer in Nichthandelssachen eine Prorogation zulässig ist, weil der Gegenstand unter 300 Mark ist, soweit ist sie in Handelssachen an die Handelskammer zulässig. In dieser Beziehung entscheiden allein die Grundsätze der Civilprozeßordnung." (S. die stenographischen Berichte über die 15. Sitzung des Reichstags vom 23. November 1876 S. 296 u. 297.) Nach dieser Erklärung wurde §. 83a des GVG. vom Reichstag in zweiter Lesung angenommen. Die Annahme dieses Paragraphen als §. 103 des GVG. in dritter Lesung geschah ohne Diskussion. (S. stenogr. Ber. a. a. O. S. 298 und 911.)

Die Frage, ob die Befugniß der Kammer für Handelssachen zur Verweisung eines Rechtsstreits an die Civilkammer ungeachtet der Prorogation

als eine Befugniß im Sinne des öffentlichen Rechtes, als eine Amtsbefugniß zu erachten sei, die zugleich eine Pflicht enthalte, wie sie von Hauser (Ztschr. für Reichs- und Landesrecht 1877 4. Heft S. 391 f.) aufgeworfen und bejaht wird, scheint mir eine rein akademische zu sein, da es nach Hauser's eigener Ausführung (S. 392 unten u. 393) eine Remedur gegen die Nichterfüllung jener angeblichen Pflicht nicht gibt. Wenn die Frage aber beantwortet werden müßte, so würde sie m. E. zu verneinen sein. Wenigstens scheint mir an eine Pflicht nicht gedacht zu werden, wenn der Abg. Becker als Berichterstatter in der Reichstagssitzung vom 23. November 1876 gegenüber dem Antrag von Dr. Goldschmidt und Dr. Beseler sich in folgenden Sätzen äußert:

„.... Aber soweit zu gehen, wie die Herren Antragsteller, und dann, wenn gar keine Handelssache vorliegt, die Parteien aber den Streit, der gar keine Handelssache betrifft, von der Handelskammer entschieden haben wollen, die Kaufleute wider ihren Willen zwingen, über eine ihnen ganz fremde Rechtsmaterie zu entscheiden: so weit gehen können wir nicht, das widerspricht dem ganzen Grundgedanken der Einrichtung, das würde auch widersprechen der Besetzung mit bloßen Kaufleuten, wir müßten dann auch andere Laien zum Gerichte zuziehen." — (S. die stenogr. Berichte a. a. O. S. 296.)

Nicht als eine Ausnahme von dem Prinzip des §. 38 darf die Vorschrift des §. 104 Abs. 4 des GVG. gelten (s. oben S. 38). Denn hiedurch wird der Civilkammer nur die Befugniß eingeräumt, den Antrag des Beklagten auf Verweisung vor die Kammer für Handelssachen ungeachtet der klägerischen Zustimmung zu verwerfen. Das ist aber nicht gleichbedeutend mit der Befugniß, sich über eine Prorogation auf die Kammer für Handelssachen hinwegzusetzen. Denn es steht den Parteien, welche so prorogiren wollen, nichts im Wege, den Prozeß vor der Civilkammer fallen zu lassen und sich an die Kammer für Handelssachen zu wenden.

Aus §. 104 Abs. 3 des GVG. ergibt sich die Zulässigkeit der Prorogation in Handelssachen auf die Civilkammer des Landgerichts.

Daß dieselbe auch auf das Amtsgericht zulässig ist, folgt aus §. 38 selbst.

5) In §. 39 wird eine praesumtio juris et de jure aufgestellt: „Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen." Der Zeitpunkt, mit welchem diese praesumtio eintritt, ist die Verhandlung zur Hauptsache vor dem an sich unzuständigen Gerichte. Mit diesem Momente ist die Unzuständigkeitseinrede präklubirt (§. 247). Als Verhandlung zur Hauptsache ist im Falle des §. 467 die Verhandlung zur Widerklage, zur erweiterten Klage oder zur Feststellungsklage anzusehen. (Vgl. Struckmann-Koch, Commentar §. 33 Nr. 5.)

Zur Prorogation auf Amtsgerichte bedarf es nicht, wie nach Art. 39 Abs. 2 der bayr. CPO., einer protokollarischen Erklärung des Prorogationswillens der Parteien nach vorgängiger Belehrung über die Unzuständigkeit des Gerichts; es ist vielmehr auch hier stillschweigende Prorogation möglich. Nur ist der Amtsrichter verpflichtet, den Beklagten vor dessen Verhandlung zur Hauptsache auf die etwaige sachliche Unzuständigkeit des Amtsgerichts aufmerksam zu machen (§. 465 Abs. 2). Freilich vermag die Außerachtlassung dieser Pflicht am Resultate nichts zu ändern (vgl. §. 247 und §. 456 und Struckmann-Koch zu §. 465 Abs. 2). Das sachlich unzuständige Amtsgericht gilt trotzdem als zuständig.

6) Aus §. 40 Abs. 1 folgt die Zulässigkeit der Prorogation vor der Rechtshängigkeit eines Prozesses. In diesem Falle ist die Beziehung der Prorogation auf ein nach Subjekt und Objekt bestimmtes Rechtsverhältniß und die aus diesem entspringenden Rechtsstreitigkeiten zur Wirksamkeit der Prorogation erforderlich. Aus diesem Grunde würde unwirksam sein die Vereinbarung des Inhalts, daß für alle Klagen aus Obligationen zwischen zwei Parteien das Gericht X zuständig sein solle.

Die vorgängige Vereinbarung eines Gerichtsstandes hindert den Kläger nicht, bei dem an sich zuständigen Gerichte zu klagen, es müßte denn sein, daß die Vereinbarung auch für den Kläger einen ausschließlichen Gerichtsstand begründen wollte. Der Beklagte ist dagegen durch solche Vereinbarung stets verbunden, sich vor dem vereinbarten Gerichte belangen zu lassen; m. a. W. seine Unzuständigkeitseinrede kann durch die Replik der Vereinbarung elidirt werden.

7) In §. 40 Abs. 2 werden die Fälle zusammengefaßt, in welchen die Prorogation unzuläßig ist. Ueber diese Fälle vgl. oben S. 45 zu §. 2 Nr. 2 und S. 68 Motive zu §§. 12 bis 20. Die allgemeine Fassung des Abs. 2 läßt keinen Zweifel, daß in den genannten Fällen weder die sachliche noch die örtliche Unzuständigkeit durch Prorogation gehoben werden kann.

Vierter Titel.

Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

Motive: „Die Vorschriften des vierten Titels über die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen schließen sich auf das engste den Bestimmungen der neueren Prozeßgesetze und Entwürfe (Code de proc. Art. 44—47, 378—396, Hannover §§. 21—27, Braunschweig §§. 46 bis 56, Oldenburg Art. 33—43, Baden §§. 66—91, Württemberg Art. 67

bis 78, Bayern Art. 40—53, preuß. Entw. §§. 64—80, hann. Entw. §§. 32—44, nordd. Entw. §§. 22—35) an, reproduziren im Wesentlichen die bewährten Grundsätze des bestehenden Rechts und erfordern daher nur in Betreff einzelner Punkte eine nähere Begründung.

„Wie das bestehende Recht, so unterscheidet auch der Entwurf zwischen Gründen, welche dem Richter die Befugniß entziehen, in einem Prozesse sein Amt auszuüben, und solchen Gründen, welche den Parteien das Recht geben, einen Richter zu rekusiren. Die Gründe der ersten Kategorie sind der Art, daß schon die Rücksicht auf das Ansehen der Justiz die Ausschließung des Richters erheischt: „der Richter ist in diesen Fällen von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen (§. 41)". Die Ausschließung erfolgt ohne Rücksicht darauf, ob eine der Parteien den Richter abgelehnt hat oder nicht (§. 42), die Ablehnung wegen Ausschließung kraft Gesetzes ist daher an kein bestimmtes Stadium des Prozesses gebunden (arg. §§. 43, 44 Abs. 3) und ein Urtheil, bei welchem ein kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat, unterliegt der Anfechtung durch Rechtsmittel (§. 489 Nr. 2) und durch die Nichtigkeitsklage (§. 518 Nr. 1). Völlig abweichend ist das Verhältniß der Gründe der letzteren Kategorie: sie geben den Parteien nur das Recht, den Richter „wegen Besorgniß der Befangenheit abzulehnen" — ohne indessen dem Richter die Befugniß zu nehmen, von Amtswegen sein Ausscheiden veranlassen zu können (§§. 42, 48), sie sind dem Verzichte der Parteien unterworfen, ihre Geltendmachung ist deshalb auf ein bestimmtes Stadium des Prozesses beschränkt (§§. 43, 44 Abs. 3, jetzt 4), auch kann ihretwegen ein Urtheil nur angefochten werden, wenn ein erkennender Richter rechtzeitig abgelehnt und dem Ablehnungsgesuche Folge gegeben war (§. 518 Nr. 3)."

---

§. 41.

Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen:

1) in Sachen, in welchen er selbst Partei ist, oder in Ansehung welcher er zu einer Partei in dem Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regreßpflichtigen steht;
2) in Sachen seiner Ehefrau, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
3) in Sachen einer Person, mit welcher er in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, in

der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;

4) in Sachen, in welchen er als Prozeßbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist;

5) in Sachen, in welchen er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist;

6) in Sachen, in welchen er in einer früheren Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Thätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt.

Motive: „Der §. 41 stellt unter 6 Nummern die Fälle zusammen, in welchen ein Richter kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen ist. Zu

Nr. 1 wird die Ausschließung keineswegs dadurch abgewendet, daß der Richter in den hier bezeichneten Rechtsverhältnissen zu beiden Parteien steht. Vorausgesetzt wird eine Mitbetheiligung des Richters am Rechtsstreite im engeren Sinne. Bereits der hannov. Entw. §. 32 Nr. 1 vermied die Bestimmung der hannov. Prozeßordn. §. 21 Nr. 1, welche schon ein mittelbares Interesse für ausreichend erachtet. Solche Fälle gehören (unter Umständen) in das Gebiet der Ablehnung.

„Betreffend Nr. 2 stellen viele Gesetzgebungen, insbesondere Hannover §. 21 Nr. 1, Baden §. 67 Nr. 2, Württemberg Art. 67 Nr. 2, preuß. Entw. §. 64 Nr. 2 und hannov. Entw. §. 32 Nr. 2 die Verlobte des Richters der Ehefrau gleich. Als Ausschließungsgrund ist dieses Verhältniß nicht geeignet. Die Rechtsformen der Verlobung sind in den deutschen Staaten sehr verschieden bestimmt und werden im wirklichen Leben meistens nicht beachtet. Für Preußen kann der §. 3 des Ges. v. 24. April 1854 zur gesetzlichen Bestätigung der letzteren Behauptung angeführt werden. Der Begriff der Verlobten, wollte man die thatsächliche Auffassung des Verhältnisses treffen, entzieht sich der rechtlichen Fixirung und führt im einzelnen Falle zu erheblichen Schwierigkeiten. Der Fall der §§. 336, 337 Nr. 1 liegt anders. Es entspricht die Vorschrift, daß der Verlobte einer Partei das Zeugniß verweigern kann, dem Standpunkte, den Richter, welcher mit einer Partei verlobt ist, nur nach der Regel der Ablehnung §§. 42, 48 zu

behandeln. Die preuß. AGO. §. 143 führt das Verhältniß ausdrücklich als Perhorreszenzgrund an.

„Die Berechnung der Nähe der Verwandtschaft erfolgt in dem Falle der Nr. 3 nach den Regeln des bürgerlichen Rechts.

„Der Ausschließungsgrund der Nr. 4 soll auch dann eintreten, wenn das betreffende Verhältniß vor dem Beginne des Rechtsstreits bestanden hat. Diese Bestimmung ist geltendes Recht nach Hannover §. 21 Nr. 6, Braunschweig §. 48 Nr. 3, Oldenburg Art. 34 lit. b, Württemberg Art. 67 Nr. 4, Bayern Art. 40 Nr. 5, auch im preuß. Entw. §. 64 Nr. 6 vorgeschlagen, während der nordd. Entw. §. 23 das beendete Verhältniß nur als Ablehnungsgrund hinstellt. Der Grund erhält eine stärkere praktische Bedeutung, sobald der Eintritt von Rechtsanwälten in das Richteramt häufiger geschehen wird.

„Der Fall der Nr. 6 liegt nur vor, wenn der Richter im Prozesse als Zeuge oder Sachverständiger wirklich vernommen ist. Hiermit stimmt auch der Code de proc. art. 378 Nr. 8. Bildete schon der bloße Zeugenvorschlag des Richters einen Ausschließungsgrund, wie allerdings Hannover §. 21 Nr. 5, Braunschweig §. 48 Nr. 4, Oldenburg Art. 34 lit. c, Baden §. 72 und preuß. AGO. I 2 §. 143 bestimmen, so wäre nicht ohne Grund zu besorgen, daß die Aufstellung des Richters als Zeuge zu chikanöser Verschleppung des Prozesses gemißbraucht würde.

„Zu Nr. 6 schließt nicht jede Mitwirkung des Richters in einer früheren Instanz desselben Prozesses oder in einem vorangehenden schiedsrichterlichen Verfahren von der Ausübung des Richteramts aus. Desgleichen Hannover §. 21 Nr. 7, Bayern Art. 40 Nr. 6, Code de proc. Art. 378 Nr. 8. Den Ausschließungsgrund gestalten allgemeiner: Württemberg Art. 67 Nr. 6, Oldenburg Art. 34 lit. b, preuß. Entw. §. 64 Nr. 7. Es ist aber nicht abzusehen, weshalb die Vornahme z. B. einer Beweishandlung den Richter für die neue Instanz untauglich machen sollte. Solche Bestimmungen schaffen ohne ausreichenden Grund Schwierigkeiten, wenn Richter an ein höheres Gericht versetzt werden.

„Bayern Art. 40 Nr. 6 schließt in den Prozessen, welche die Anfechtung oder Auslegung einer gerichtlich aufgenommenen Urkunde betreffen, den instrumentirenden Richter aus. Für eine solche Vorschrift läßt sich vom Standpunkte des Entwurfs aus sagen, daß der betreffende Richter vielfach die Entscheidung nicht lediglich auf Grund der vor dem Gerichte erfolgten mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits fällen würde, und auch durch seine bestimmende Theilnahme an der Entstehung der Urkunde einen starken Einfluß auf das Votum der anderen Richter ausüben kann. Es ist aber zu besorgen, daß dieser Inhabilitätsgrund, zumal auf die freiwillige Gerichtsbarkeit seitens des Staats noch nicht verzichtet werden wird, eine sehr weit-

greifende Ausschließung der Einzelrichter zur Folge haben würde. Auch wird häufig den Parteien die Mitwirkung gerade dieses Richters bei Entscheidung des Rechtsstreits ganz erwünscht sein. Andererseits ist durch den Entwurf die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, in geeigneten Fällen den Richter, welcher die Urkunde errichtet hat, wegen Besorgniß der Befangenheit abzulehnen. Dieser Perhorreszenzgrund findet ausdrückliche Erwähnung in Hannover §. 21 Nr. 10 und im preuß. Entw. §. 65 Nr. 3."

1) Wo eines der in §. 41 genannten Verhältnisse für den Richter vorliegt, ist er kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen d. h. es besteht für ihn die Pflicht, sich auch ohne Anregung von Außen der richterlichen Thätigkeit zu enthalten. Die Außerachtlassung dieser Pflicht bewirkt Nichtigkeit der Entscheidung, zu welcher ein inhabiler Richter mitgewirkt hat, vorausgesetzt, daß nicht ein Ablehnungsgesuch ohne Erfolg die Untüchtigkeit des Richters geltend gemacht hat. (§. 513 Ziff. 2, 542 Ziff. 3 cf. mit §. 46 Abs. 2 und §. 510.)

2) Nach Ziff. 1 dieses Paragraphen findet Ausschließung des Richters statt im Falle eines unmittelbaren Interesses am Ausgange des Prozesses. Als solches erkennt das Gesetz an das Verhältniß der Mitberechtigung, der Mitverpflichtung und der Regreßpflicht zu einer der Parteien in Ansehung des zu entscheidenden Rechtsstreites und selbstverständlich die Parteieigenschaft des Richters.

Es genügt demnach zur Ausschließung nicht, daß der Ausgang des Prozesses dem Richter Vortheil oder Nachtheil bringt, z. B. als Theilhaber einer Aktiengesellschaft, welche klagt oder verklagt ist, oder als Gläubiger, Schuldner, präsumtiver Erbe einer Partei. Ein Antrag des Abg. Reichensperger, die Ausschließung des Richters auch in Sachen einer Person, deren Gläubiger oder Schuldner oder präsumtiver Erbe er ist, wurde in der Reichstagskommission sogar ausdrücklich abgelehnt (Komm.-Prot. S. 13, 21).

Es genügt aber auch eine mittelbare Regreßpflicht des Richters nicht zur Ausschließung desselben. Wenn daher z. B. der Cessionar klagt, an dessen Cedenten der Richter einerseits die eingeklagte Forderung cedirt hatte, so kann die Thatsache, daß der Cessionar des Richters im Falle des gegen ihn gerichteten Regresses gegen den Richter regrediren darf, die Ausschließung des Richters nicht bewirken; denn es besteht hier keine Regreßpflicht gegenüber der Partei selbst. (A. M. Lothar Seuffert a. a. O. S. 43 Nr. 2.)

3) Durch Ziffer 2 dieses Paragraphen wird die Ausschließung des Richters nur dann bewirkt, wenn eine gesetzlich anerkannte Ehe zwischen ihm und der als Partei auftretenden Frau besteht oder bestand; demnach findet Ausschließung nicht statt, wenn die zwischen dem Richter und der

prozeßführenden Frau scheinbar bestandene Ehe für nichtig erklärt worden ist. Das Gleiche gilt für die in Ziff. 3 erwähnte Schwägerschaft.

4) Indem die Ziff. 4 die Untüchtigkeit des Richters nur für die Fälle seiner Bestellung als Prozeßbevollmächtigter oder Beistand einer Partei (s. oben zu §. 34 Nr. 1) oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei ausspricht, läßt sie die Eigenschaft des Richters als Vollmachtsträger einer Partei, als Vertreter derselben bei Abschluß des zum Prozesse Anlaß gebenden Rechtsgeschäftes, als Zustellungsbevollmächtigter einer Partei zur Ausschließung des Richters nicht genügen.

Andererseits wird nicht erfordert, daß der Prozeßbevollmächtigte oder Beistand bereits im Prozesse für die Partei thätig geworden sei; die Bestellung desselben ist ausreichend, ebenso verhält es sich mit der Berechtigung, als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten. Sie muß nur vorhanden sein oder gewesen sein; ob von derselben Gebrauch gemacht wurde oder nicht, ist gleichgültig.

5) Nach Ziff. 5 tritt die Ausschließung des Richters erst ein, nachdem er als Zeuge oder Sachverständiger in dem anhängigen Prozeß vernommen ist. In Uebereinstimmung mit den Motiven hat die Kommission an der Anschauung festgehalten, daß die bloße Benennung des Richters als Zeugen oder Sachverständigen seine Ausschließung nicht bewirken könne. Der Antrag des Abg. Dr. Bähr, die Ziffer 5 dahin zu fassen:

„5) in Sachen, in welchen er als Zeuge oder Sachverständiger benannt ist, so lange seine Vernehmung oder deren Beurtheilung in Frage steht" wurde von der Kommission abgelehnt.

Unter diesen Umständen ist es möglich und rechtlich zulässig, daß ein Richter über seine eigene Vernehmung als Zeuge, über seine Verweigerung des Zeugnisses ꝛc. mit oder allein entscheidet.

6) Die Ziff. 6 handelt lediglich von einem Fall der Ausschließung in einer höheren Instanz oder in erster Instanz nach vorgängigem schiedsrichterlichen Verfahren und erklärt als ausgeschlossen nur den Richter, der zur angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat. Nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes bezieht es sich nicht auf den beauftragten oder ersuchten Richter (§§. 268, 313, 320, 337, 340, 370, 441); es kann aber auf den Richter nicht angewendet werden, der nur eine prozeßleitende Verfügung getroffen, nicht aber zu einer Entscheidung mitgewirkt hat. So wäre z. B. der Amtsrichter, der im Falle des §. 467 den Rechtsstreit an das Landgericht verweist, von der Ausübung des Richteramtes am Landgerichte in der verwiesenen Sache nicht ausgeschlossen. Ebensowenig würde ein zum Vertagungsbeschluß mitwirkender Richter der Vorinstanz zur Rechtsprechung in zweiter Instanz unfähig sein, wenn das nach der Vertagung von der Vorinstanz ohne seine Mitwirkung gefällte Urtheil angefochten würde.

§. 42.

Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in welchen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt werden.

Wegen Besorgniß der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.

Das Ablehnungsrecht steht in jedem Falle beiden Parteien zu.

Motive: „In Uebereinstimmung mit Braunschweig §. 47, Oldenburg Art. 35, Württemberg Art. 69 und dem hannov. Entwurf §. 34 beschränkt sich der §. 42 auf den allgemeinen Grundsatz, daß wegen Besorgniß der Befangenheit die Ablehnung stattfindet, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Von einer Aufstellung einzelner Kategorien von Ablehnungsgründen sowie von beispielsweiser Aufzählung einzelner Fälle — wie z. B. Baden §§. 70, 71, Code de proc. art. 378 Nr. 3—9, nordd. Entw. §. 23, preuß. Entw. §. 65, — ist Abstand genommen, da eine solche Spezialisirung in erschöpfender Weise nicht wohl geschehen kann; auch insofern nicht angemessen ist, als die übergangenen Fälle gegen die hervorgehobenen von geringerer Bedeutung erscheinen würden."

1) Abs. 1 gibt zunächst den Parteien ein Mittel an die Hand, die Entscheidung des Gerichtes über die Frage zu veranlassen, ob ein Fall des §. 41 vorliege, falls der Richter nicht selbst sich der Thätigkeit enthält. Sodann gewährt er die Möglichkeit der Ablehuung des Richters in Fällen, welche durch §. 41 nicht gedeckt sind, dennoch aber die Besorgniß der Befangenheit gegen den Richter begründen.

2) Wenn in Abs. 3 das Ablehnungsrecht beiden Parteien zugesprochen wird, so ist das in dem Sinne zu verstehen, daß jederzeit auch diejenige Partei zur Ablehnung berechtigt ist, der gegenüber eine Besorgniß der Befangenheit des Richters nicht besteht.

3) Nur eine Hauptpartei kann der Richter ablehnen. Dem Nebenintervenienten steht darum dieses Recht nicht zu (arg. Abs. 3 vgl. §. 63).

§. 43.

Eine Partei kann einen Richter wegen Besorgniß der Befangenheit nicht mehr ablehnen, wenn sie bei demselben, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat.

Dieser Paragraph setzt eine präklusive Frist nur für die Ablehnung wegen Besorgniß der Befangenheit. Wegen eines gesetzlichen Ausschließungsgrundes (§. 41) kann daher in jedem Momente des Verfahrens abgelehnt werden (s. oben Motive zum vierten Titel).

Das Ablehnungsrecht der Parteien ist verwirkt mit dem Momente der Einlassung oder Antragstellung vor dem abzulehnenden Richter. Der Begriff „Einlassung" ist auf den Beklagten, der Begriff „Antragstellung" auf beide Parteien zu beziehen. Das Recht der Ablehnung ist von dem ersteren verwirkt, sobald er in die mündliche Verhandlung vor dem abzulehenden Richter eingetreten ist, von dem letzteren, sobald er vor dem Richter in der ersten Verhandlung einen Antrag gestellt hat (§. 128). Durchaus verfehlt ist aber die Annahme, daß die Ablehnung schon dann verspätet sei, wenn die Klageschrift nach §. 230 und §. 233 zugestellt ist, oder die Klagebeantwortung nach §. 244 stattgefunden hat (so Uebel, Commentar §. 43 Nr. 3); denn nach Schluß des schriftlichen Vorverfahrens ist die Partei ja noch gar nicht in der Lage zu wissen, welche Richter bei der Entscheidung mitwirken werden.

Allerdings aber wird nicht erfordert, daß der Beklagte zur Hauptsache mündlich verhandelt habe; sein Ablehnungsrecht ist auch schon dann präkludirt, wenn er einen Vertagungsantrag stellt oder eine prozeßhindernde Einrede vorbringt.

Als selbstverständlich erscheint es, daß im Anwaltsprozeß der Anwalt, sonst der anderweitige Prozeßbevollmächtigte zur Geltendmachung des Ablehnungsrechtes der Partei befugt ist (§. 77).

Eine Ausnahme von der Präklusion des §. 43 enthält §. 44 Abs. 4 (s. d.). (Vgl. auch §. 48.)

---

§. 44.

Das Ablehnungsgesuch ist bei dem Gerichte, welchem der Richter angehört, anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist

als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen. Zur Glaubhaftmachung kann auf das Zeugniß des abgelehnten Richters Bezug genommen werden.

Der abgelehnte Richter hat sich über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern.

Wird ein Richter, bei welchem die Partei in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat, wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt, so ist glaubhaft zu machen, daß der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei.

§. 45.

Ueber das Ablehnungsgesuch entscheidet das Gericht, welchem der Abgelehnte angehört; wenn dasselbe durch Ausscheiden des abgelehnten Mitgliedes beschlußunfähig wird, das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht.

Wird ein Amtsrichter abgelehnt, so entscheidet das Landgericht. Einer Entscheidung bedarf es nicht, wenn der Amtsrichter das Ablehnungsgesuch für begründet hält.

§. 46.

Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

Motive: „Die §§. 44—46 regeln das Verfahren, im Falle ein Richter aus den Gründen der Ausschließung oder der Ablehnung rekusirt wird. Das Verfahren beginnt mit einem „Gesuche" der Partei, welches auch in Anwaltsprozessen — §. 72 Abs. 2 — bei Gericht eingereicht oder vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann. Die ablehnende Partei muß nach §. 44 Abs. 2 den Ablehnungsgrund glaubhaft machen. Auf diese Glaubhaftmachung finden die allgemeinen Vorschriften des §. 256 mit der Abweichung Anwendung, daß der Eid als Mittel der Glaubhaftmachung gänzlich ausgeschlossen ist, da eine Eidesleistung über das Mißtrauen in die Unparteilichkeit des Richters grundsätzlich nicht gebilligt werden kann. Auch der nach den bisherigen Prozeßrechten zulässige Perhorreszenzeid ist beseitigt worden. Nur in dem Falle des dritten Absatzes des §. 44 wird die Partei, welche glaubhaft zu machen hat, daß der Ab-

lehnungsgrund erst später — nach erfolgter Einlassung oder nach Stellung eines Antrags — entstanden oder ihr bekannt geworden sei, vom Gerichte zur eidlichen Versicherung der Wahrheit dieser thatsächlichen Behauptung in Gemäßheit des §. 256 zugelassen werden können (nordd. Prot. VI S. 2328).

„Daß über die Ablehnung gegen einen Amtsrichter das Landgericht entscheidet, ist eine Konsequenz des Abs. 1 aufgestellten Prinzips, daß in Stelle des durch Ausscheiden des abgelehnten Richters beschlußunfähigen Gerichts das im Instanzenzuge vorgeordnete zu entscheiden hat. Denn das Amtsgericht wird durch die Ablehnung des Amtsrichters stets beschlußunfähig, auch wenn es mit mehreren Richtern besetzt ist, da die Amtsrichter prinzipiell als Einzelrichter handeln. Wenn der Amtsrichter die Ablehnung für begründet hält, so soll es nach §. 45 Abs. 2 nicht der Entscheidung des Landgerichts bedürfen. Dieserhalb, außer der Zustimmung des abgelehnten Amtsrichters, auch noch diejenige seines Substituten zu fordern, erschien weder erforderlich, noch angemessen. Pflichtwidrige und grundlose Enthaltung des Amtsrichters ist nicht zu besorgen und würde etwanigenfalls im Disziplinarwege die nöthige Remedur finden. Andererseits ist es an sich nicht geeignet und für das kollegiale Verhältniß nicht zuträglich, wenn der Amtsrichter bei Ausübung der Erklärungspflicht auf das Ablehnungsgesuch unter die Kontrole des Substituten gestellt wird.

„Das über die Ablehnung entscheidende höhere Gericht kann mit der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch die Bestimmung des zuständigen Gerichts verbinden. Dieser Satz folgt aus §. 36 Nr. 1 von selbst und bedurfte daher nicht der im preuß. Entw. §. 74 und Württemberg Art. 75 beliebten Wiederholung.

„Mit dem §. 46 stimmen der preuß., hannov. und nordd. Entwurf überein. Dagegen gibt der Code de proc. Art. 391 gegen jeden Beschluß auf das Ablehnungsgesuch ein Rechtsmittel, Baden §. 84 umgekehrt niemals.

„Die Zulassung eines Rechtsmittels, im Falle die Ablehnung für begründet erklärt wird, ist kein Bedürfniß. Der ablehnenden Partei ist Genüge geschehen; dem Gegner muß die Ersetzung des abgelehnten Richters durch einen anderen Richter gleichgültig sein, da prinzipiell alle Richter zur Entscheidung des Rechtsstreits gleich befähigt sind und die Parteien auf bestimmte Personen der Richter kein Recht haben. Das Ablehnungsgesuch kann daher auch kurzer Hand dadurch erledigt werden, daß der abgelehnte Richter ausscheidet und ohne Weiteres ein anderer Richter für ihn eintritt (hannov. Entw. §. 38). Die sofortige Beschwerde gegen den die Ablehnung verwerfenden Beschluß (§. 516) sichert gegen eine schädliche Verschleppung des Rechtsstreits, dessen Fortgang ohnehin durch das Verfahren über das Ablehnungsgesuch aufgehalten wird."

1) Der Hinweis in den Motiven auf §. 72 Abs. 2 (= §. 74 Abs. 2) zeigt an, daß die Anbringung des Ablehnungsgesuches auch vor Landgerichten und höhern Instanzen dem Anwaltszwange nicht unterliegt.

2) Der zweite Satz des §. 44 Abs. 2 und §. 44 Abs. 3 fehlen in dem Entwurfe des §. 44. Sie wurden auf Grund eines Kommissionsbeschlusses nach Antrag der Abgg. Dr. Wolffson, Dr. Bähr und Struckmann eingestellt. Danach soll der zweite Satz des Abs. 2 nur die Bedeutung haben, daß der Ablehnungsgrund durch die Erklärung des abgelehnten Richters (nach Abs. 3) glaubhaft gemacht werden könne (Komm.-Prot. S. 772 resp. 510). Demnach hat man unter dem „Zeugniß" des abgelehnten Richters nicht eine Zeugenaussage im Sinne des II. Buchs 7. Titels der CPO. zu denken. Im Uebrigen aber ist die Glaubhaftmachung durch alle Beweismittel mit Ausnahme des Eides gestattet (§. 266), so daß also auch der abgelehnte Richter zur Zeugenaussage über den Ablehnungsgrund veranlaßt werden kann, wobei unter Ablehnungsgrund die Thatsache zu verstehen ist, welche geeignet erscheint, Besorgniß der Befangenheit zu begründen, nicht etwa das Vorhandensein der Befangenheit bei dem Richter. Der hierüber zeugschaftlich vernommene Richter gilt natürlich nicht als ausgeschlossen nach §. 41 Ziff. 5; denn er ist nicht „in der Sache" als Zeuge vernommen.

3) Für die Glaubhaftmachung der Thatsachen des Abs. 4 gelten die Vorschriften des §. 266 ohne Einschränkung, d. h. es ist auch der Eid hierüber zulässig (s. Motive).

4) Das Ablehnungsgesuch muß bei den Kollegialgerichten in allen Fällen durch Entscheidung erledigt werden. Sie wird nicht etwa überflüssig sein, wenn das Ablehnungsgesuch durch Eintreten eines anderen Richters von kurzer Hand erledigt wird, wie Lothar Seuffert (a. a. O. §§. 44—46 Nr. 2) annimmt. Denn auch diese Erledigung von kurzer Hand beruht auf der Entscheidung des Gerichtes über das Ablehnungsgesuch, so daß es also nicht anginge, wollte das Gericht dem Ablehnungsgesuch in dieser Weise stattgeben, ohne vorher die Glaubhaftigkeit geprüft und sich hierüber ausgesprochen zu haben.

Einer Entscheidung bedarf es nur in dem Falle des §. 45 Abs. 2 Satz 2 nicht. Hier aber tritt die Vorschrift des §. 36 Ziff. 1 in Wirksamkeit, falls an dem Amtsgerichte nicht ein Stellvertreter des abgelehnten Richters vorhanden ist. — Zulässig ist die Entscheidung des Landgerichts immer (vgl. u. zu §. 48 Nr. 4).

5) In §. 46 ist die prozessuale Behandlung des Ablehnungsgesuches geregelt. Seine Erledigung ist ohne vorgängige mündliche Verhandlung zulässig. (Vgl. oben zu §. 36, 37 Nr. 11 u. 12 und §§. 530, 540.)

Nur die Verwerfung des Ablehnungsgesuches ist mit sofortiger Beschwerde anfechtbar. Auch ein Antrag des Abg. Gaupp, den Abs. 2 des §. 46 dahin zu ändern:

„Hat der Beschluß, durch welchen das Gesuch für begründet erklärt wird, eine Bestimmung über das zuständige Gericht zur Folge (§. 36), so steht der Gegenpartei die sofortige Beschwerde zu . . . . ."

„Ein Urtheil, wozu ein Richter mitgewirkt hat, obwohl seine Ablehnung begründet befunden wurde, unterliegt der Anfechtung nach §. 513 Ziff. 3 und §. 542 Ziff. 3",

wurde von der Reichstagskommission abgelehnt (Komm.-Prot. S. 772 resp. 510 f.).

6) In der Reichstagskommission hatte der Abg. Struckmann bezüglich der auf die Erledigung eines Ablehnungsgesuches erwachsenden Kosten den Antrag gestellt, als §. 46[a] einzuschalten:

„Das Verfahren ist, wenn das Gesuch für begründet erklärt wird, kostenfrei; im Falle der Zurückweisung hat die Partei, welche das Gesuch gestellt hat, die Kosten zu tragen".

zog aber diesen Antrag auf Veranlassung der Regierung zurück (Komm.-Prot. S. 14). Daher hat es bezüglich der Kosten bei den Bestimmungen des §. 87 sein Bewenden.

---

§. 47.

Ein abgelehnter Richter hat vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, welche keinen Aufschub gestatten.

Motive: „Der §. 47 bestimmt, daß ein abgelehnter Richter vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs solche Handlungen, aber auch nur solche vornehmen darf, welche keinen Aufschub gestatten. Der nordd. Entw. §. 33 verpflichtet dagegen den Richter, sich der Vornahme von Prozeßhandlungen zu enthalten, wenn er den Erfolg des Ablehnungsgesuchs nach den vorgetragenen Gründen für wahrscheinlich hält. Das Recht zur Vornahme von Prozeßhandlungen würde hiernach unter dem subjektiven Ermessen des Richters stehen und die Gültigkeit seiner Handlungen nicht gesichert sein. Insofern verdient die Bestimmung des Entwurfs den Vorzug. Würde die Anbringung eines jeden Ablehnungsgesuchs und selbst eines solchen, welches ganz offenbar unbegründet ist, den Richter zur gänzlichen Einstellung jeder amtlichen Thätigkeit verpflichten, so würde durch frivole Ablehnungsgesuche eine Verschleppung des Prozesses und eine Benachtheiligung des Prozeßgeg-

ners herbeigeführt werden können. Die Sicherung der Interessen des Prozeßgegners erheischt aber eine stärkere Berücksichtigung, als daß ohne Weiteres auf den einseitigen Antrag der ablehnenden Partei der vielleicht zu Unrecht abgelehnte Richter sofort gänzlich brach gelegt werden könnte."

1) Die Fassung des §. 47 „hat — vorzunehmen" im Zusammenhalt mit der ratio legis (s. Motive) ergibt für den abgelehnten Richter nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, unaufschiebliche richterliche Handlungen vorzunehmen, bevor das Ablehnungsgesuch erledigt ist; andere Handlungen aber darf er nicht vornehmen. Welche Handlungen unaufschieblich seien, hat je nach Umständen der Richter oder das Gericht zu beurtheilen. Gehört der Richter einem Collegialgerichte an, so ist das Ablehnungsgesuch nicht vor der Entscheidung des nach §. 45 zuständigen Gerichtes als erledigt zu betrachten; ist er ein Amtsrichter und hält er das Ablehnungsgesuch für begründet, so tritt die Erledigung des Gesuches ohne Entscheidung und daher die Pflicht des Amtsrichters, sich aller Prozeßhandlungen zu enthalten, sofort ein.

2) Wenn das Gesetz dem abgelehnten Richter bis zur Erledigung des Ablehnungsgesuches die Vornahme gewisser Handlungen zur Pflicht macht, so erscheint es als selbstverständliche Konsequenz, daß diese Handlungen giltig bleiben, auch wenn dem Ablehnungsgesuche nachher stattgegeben wurde; diese Konsequenz ergibt sich übrigens auch aus dem Wortlaute der §§. 513 und 542 Ziff. 3, indem der Satz „obgleich — war" die Mitwirkung des Richters als nach der Erledigung des Ablehnungsgesuches erfolgt voraussetzt.

---

§. 48.

Das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht hat auch dann zu entscheiden, wenn ein solches Gesuch nicht angebracht ist, ein Richter aber von einem Verhältnisse Anzeige macht, welches seine Ablehnung rechtfertigen könnte, oder wenn aus anderer Veranlassung Zweifel darüber entstehen, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen sei.

Die Entscheidung erfolgt ohne vorgängiges Gehör der Parteien.

Motive: „Die Entscheidung des zuständigen Gerichts über die Ausschließung oder Ablehnung eines Richters kann nach §. 48 auch ohne einen vorhergehenden Antrag einer Prozeßpartei herbeigeführt werden, und zwar auf Anregung des betreffenden Richters oder anderer Gerichtsmitglieder,

wenn Zweifel darüber entstehen, ob der Richter für den Rechtsstreit kraft Gesetzes ausgeschlossen sei (§. 41); auf Anregung nur des betreffenden Richters, wenn derselbe dem Gerichte einen Grund mittheilt, welcher seine Ablehnung wegen Besorgniß der Befangenheit rechtfertigen würde.

„Die Prozeßordnungen für Braunschweig §. 46 Abs. 3, Hannover §. 22, Oldenburg Art. 41 §. 3 und Baden §§. 75 ff. gestatten dem Richter, sich ohne Angabe von Gründen des Richteramts zu enthalten, wenn er auf seinen Diensteid versichert, daß Gründe vorliegen, welche seine Ablehnung wegen Befangenheit rechtfertigen würden. Sowenig auch verkannt werden kann, daß auf diesem Wege ein sehr einfaches Verfahren herbeigeführt und zugleich vermieden wird, daß der Richter genöthigt ist, Verhältnisse delikater Natur offen zu legen, so erschien es doch nicht angemessen, eine derartige Vorschrift in den Entwurf aufzunehmen. Ohne eine Aufzählung der einzelnen Gründe, aus denen wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt werden darf, würde es dem subjektiven Ermessen des Richters anheimgestellt sein, ob er in der einzelnen Sache Recht sprechen will oder nicht, eine Maßnahme, welche selbst bei dem größten Vertrauen zu der Pflichttreue der deutschen Richter zu weit führen und über die Absicht des Gesetzes hinaus wirken könnte (hannov. Prot. II S. 637, 639, 640)."

1) Die Ablehnung eines Richters nach §. 48 ist an keine Frist gebunden. Es kann daher ein verspätetes Ablehnungs*gesuch* bennoch Erfolg haben, wenn dadurch der Abgelehnte erst auf den Ablehnungsgruud aufmerksam gemacht wird und dem Gerichte die in §. 48 vorgesehenen Anzeige erstattet.

2) Nach der Fassung des §. 48 im Entwurf: „ein Richter aber dafür hält, daß seine Ablehnung gerechtfertigt sein würde", wäre das entscheidende Gericht trotz der Anschauung der Motive nicht gehindert gewesen, die Ablehnung auf die *allgemeine* Versicherung des Richters, daß er seine Ablehnung für gerechtfertigt halten würde, auszusprechen. Erst durch die jetzige Fassung, welche auf Antrag der Abgg. Dr. *Bähr* und Gen. in der Reichstagskommission beschlossen wurde (Komm.-Prot. S. 511 bezw. 773), wird die Anzeige eines bestimmten Verhältnisses erfordert, welches (nach Ansicht des Gerichts) die Ablehnung rechtfertigen könnte.

3) Ein Antrag des Abg. *Reichensperger*, wonach der Richter, welcher seine Ablehnung für begründet erachten würde, zur Anzeige des bezüglichen Grundes *verpflichtet* sein sollte, wurde in der Kommission abgelehnt (Komm.-Prot. S. 511).

4) Wenn ein Amtsrichter sich im Falle des §. 48 befindet, so *muß* die Entscheidung des Landgerichts eintreten (vgl. oben zu §. 45 Nr. 4).

5) Die Vorschrift des §. 47 findet auf §. 48 keine Anwendung. Deßhalb steht nichts im Wege, daß der Richter auch nach erstatteter Anzeige oder nach entstandenem Zweifel über seine Ausschließung noch alle richterlichen Handlungen gültig vornehmen kann, bis seine Ausschließung ausgesprochen ist.

---

§. 49.

Die Bestimmungen dieses Titels finden auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die Entscheidung erfolgt durch das Gericht, bei welchem der Gerichtsschreiber angestellt ist.

Motive: „Durch §. 49 erhalten die Bestimmungen des Titels entsprechende Anwendung auf die Ablehnung des Gerichtsschreibers, was um so nothwendiger erschien, je wichtiger die Verrichtungen des Gerichtsschreibers nach dem System des Entwurfs sein werden.

„Gleich Baden §. 88, Bayern Art. 52 Abs. 2, preuß. Entw. §. 80, 1 und sächs. Entw. §. 109 die Verwandtschaft des Gerichtsschreibers und des Richters als Ausschließungsgrund aufzustellen, liegt im mündlichen Verfahren kein ausreichender Anlaß vor, da die Amtspflichten des Gerichtsschreibers ihre Spitze nicht in einer Kontrole des Richters haben.

„Gegenüber den Beamten der Staatsanwaltschaft bedürfen die Parteien nicht des Ablehnungsrechts. Die Organisation der Staatsanwaltschaft gestattet, daß in den Fällen, wo im Civilprozesse deren Mitwirkung erfordert wird (in Ehe- und Entmündigungssachen), von Amtswegen oder auf Antrag der Partei oder des betreffenden Beamten mit den Funktionen des Staatsanwalts ein völlig unbetheiligter Beamter betraut wird, ohne daß es eines förmlichen Verfahrens hierfür bedarf (vgl. Bayern Art. 53, hannov. Entw. §. 44)."

Obwohl nach §. 49 die Ausschließung des Gerichtsschreibers und dessen Ablehnung durchweg in gleicher Weise wie die des Richters zu behandeln sind, ist doch die Wirkung der Ausschließung und Ablehnung des Gerichtsschreibers von der des Richters verschieden.

Während nämlich nach §. 513 Ziff. 2 und §. 542 Ziff. 2 die Nichtigkeit einer Entscheidung stets angenommen werden muß, wo ein ausgeschlossener oder mit Erfolg abgelehnter Richter zur Entscheidung mitgewirkt hat, kann die Amtirung des ausgeschlossenen oder mit Erfolg abgelehnten Gerichtsschreibers Nichtigkeit der Entscheiduug nur unter der Voraussetzung des §. 511 — Causalzusammenhang der Amtirung mit der Entscheidung — begründen.

Zweiter Abschnitt.

Parteien.

Erster Titel.

Prozeßfähigkeit.

§. 50.

Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, die Vertretung nicht prozeßfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter) und die Nothwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.

§. 51.

Eine Person ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.

Die Prozeßfähigkeit einer großjährigen Person wird dadurch, daß sie unter väterlicher Gewalt steht, die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt.

Die Vorschriften über die Geschlechtsvormundschaft finden auf die Prozeßführung keine Anwendung.

Motive: „Unter Prozeßfähigkeit versteht der Entwurf die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, d. h. die Fähigkeit, einen Prozeß, an welchem die Partei betheiligt ist, selbst zu führen oder durch einen von ihr bestellten Prozeßbevollmächtigten führen zu lassen — legitima persona standi in judicio (vgl. Hannover §. 32, preuß. Entw. §. 81, hannov. Entw. §. 48, Bayern Art. 58, Württemberg Art. 78).

„Die Prozeßfähigkeit ist ein Ausfluß der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit. Wer handlungsfähig und wer dispositionsfähig ist, bestimmt das bürgerliche Recht. Die Vorschriften desselben ergeben daher, wer als prozeßfähig betrachtet werden muß. Der Entwurf anerkennt in §. 50, daß rücksichtlich der Prozeßfähigkeit das bürgerliche Recht maßgebend sei, allein an diesem Grundsatze konnte nur soweit festgehalten werden, als nicht wichtige Interessen des Rechtsverkehrs zur Herbeiführung der Rechtseinheit in Deutschland Ausnahmebestimmungen erfordern. Solche Ausnahmen begründet der §. 51 in dreifacher Richtung:

„1) Jede Person — bestimmt §. 51 Abs. 1 — ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.

„Die Definition lehnt sich an den Art. 1 der deutschen Wechselordnung und erscheint in der Parallele des Prozesses mit dem Vertrage ganz korrekt (judicio contrahitur). Demnach ist eine Person, welche sich nur ausnahmsweise verpflichten kann, sei es durch Verträge gewisser Art oder unter gewissen Voraussetzungen, nur für diejenigen Rechtsstreitigkeiten prozeßfähig, welche aus solchen Verträgen entstanden sind (nordd. Entw. §. 82). Gleichgültig ist es, ob in dem betreffenden Falle die beschränkt verpflichtungsfähige Person allein oder unter der an sich nicht erforderlichen Mitwirkung des Vaters oder Vormunds ꝛc. kontrahirt hat.

„2) Die Prozeßfähigkeit einer großjährigen Person soll dadurch, daß sie unter väterlicher Gewalt steht, die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt werden. §. 51 Abs. 2.

„In ersterer Beziehung entspricht der §. 51 Abs. 2 dem Rechtsgebiete Deutschlands, in welchem der Code civil rezipirt ist, nach dessen Art. 372 die väterliche Gewalt mit der Großjährigkeit erlischt.

„Zu demselben Resultate wie die Bestimmung des §. 51 Abs. 2 führt das sächsische Civilgesetzbuch Art. 1821:

„Volljährige Kinder handeln selbst für sich, vorbehaltlich des ihrem Vater zustehenden Rechts der Verwaltung und des Nießbrauchs."

„Aus dieser Bestimmung folgert Schmidt, Vorlesungen über sächsisches Privatrecht II S. 94 zutreffend: „die sie betreffenden Prozesse führen die volljährigen Hauskinder in allen Fällen selbstständig"; nur dann hat der Vater zu konkurriren, wenn und insoweit ein von ihm abhängiger Vermögenstheil des Kindes dabei in Frage steht. Ist er in einem Falle der letzteren Art bei dem Rechtsstreite nicht zugezogen worden, so erscheint das erlangte Prozeßergebniß formell zu Recht beständig, aber auch hier seinem Rechte an dem Vermögen des Hauskindes unpräjudizirlich. —

„Gemeinrechtlich hat gegenüber großjährigen Hauskindern der Hausvater keine Vertretungsbefugniß; diese ist vielmehr mit dem Eintritte der Großjährigkeit von selbst beendet. Großjährige Hauskinder sind daher nach gemeinem Rechte handlungsfähig und in Folge davon prozeßfähig. „Zwar bedürfen sie zu Klagen, welche sich auf das peculium adventicium irregulare beziehen, der väterlichen Einwilligung; allein diese kann durch den Richter erzwungen werden, ist also eine leere Formalität. Allerdings aber ist die väterliche Gewalt insofern von Einfluß, als sie gerade denjenigen Erwerb der filii familias, welcher am häufigsten vorkommt, das peculium adventicium regulare, dem Nießbrauch und der Administration des Vaters unterwirft, so daß in Beziehung darauf die filii familias zur Prozeßführung

nicht legitimirt sind. — Die von ihnen ausgewirkten Urtheile sind ungültig. — Jedoch dürfen sie die in ihrer Person entstandenen actiones ex bono et aequo conceptae, welche obwohl nicht selbst schon Adventicium, doch auf einen dem Adventicium zufallenden Vermögenserwerb abzielen, wenigstens im Falle der Säumniß oder Behinderung des Vaters anstellen. Und haben sie fremde Sachen, die sie an Dritte zu restituiren verpflichtet sind, Andern zu Depositum gegeben oder kommodirt, so sind sie als die an der Wiedererlangung der Detention allein Interessirten auch zur Erhebung der betreffenden Klagen berechtigt (Wetzell, Ed. III §. 12 S. 94).

„Die Prozeßfähigkeit des Hauskindes nach preußischem Recht ist bestritten. Während die Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofes (cfr. v. Rönne, Ergänzungen rc. III S. 161) nach dem Standpunkte des Gemeinen Rechts neigt, stellen andere Gerichte — preuß. Anwalts-Zeitung 1865 S. 657 ff. — und einzelne Rechtslehrer das Hauskind als geschäfts- und daher auch prozeßunfähig dar (vgl. Koch, Recht der Ford. Ed. II Bd. II S. 315 ff., Stölzel, das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen, Berlin 1874, S. 28). Jedenfalls hat in der neueren preuß. Gesetzgebung eine Wendung nach der freieren Verkehrsrichtung stattgefunden, indem den Hauskindern durch die Kab.-Ordre vom 4. Juli 1832 und vom 5. Dezember 1835 eine gewisse Prozeßfähigkeit eingeräumt ist, wenn sie in den Fällen des §. 21 klagen oder verklagt werden müssen. Das Prinzip ist auf Schiffsmannschaften durch das Gesetz v. 26. März 1864 §. 1 weiter angewendet; auch in der Verord. v. 24. Juni 1867 §. 95 in die neuen Provinzen des Gemeinen Rechts eingeführt. Der preuß. Entw. §§. 85, 86 wollte diese Bestimmungen aufrecht erhalten.

„In dem Codex Maximilianeus bavaricus civilis I 5, 7 sind die Beendigungsgründe der väterlichen Gewalt aufgeführt und hier der Großjährigkeit allein ein Einfluß auf die Stellung des Hausvaters nicht eingeräumt; Kreittmayr spricht sich vielmehr Anm. 2 zur bayerischen Gerichtsordnung III, 6 dahin aus, „daß Hauskinder für sich keine persona standi in judicio haben, sondern bei gerichtlichen Verhandlungen der Verbeistandung des Vaters bedürfen." Roth, bayerisches Civilrecht I S. 448 Note 14.

„Nur der Zustand des Rechts in den größeren deutschen Rechtsgebieten ist in dem Vorstehenden skizzirt. Diese Skizze genügt aber auch, um darzulegen, daß die Herbeiführung der Rechtseinheit dringend wünschenswerth ist und daß die Vorschrift des §. 51 Abs. 2 die bereits mehrfach angebahnte Entwickelung, dem großjährigen Hauskinde legitima persona standi in judicio beizulegen, zum Abschlusse bringt. Die Möglichkeit, daß Nullitätsklagen gegen Erkenntnisse aus Prozessen, welche mit anscheinend vollkommen

selbstständigen und großjährigen Hauskindern geführt sind, erfolgreich angestellt werden, bedroht in empfindlicher Weise den Verkehr. In solcher Ausdehnung entspricht die väterliche Gewalt dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart nicht, welche vielmehr dem Gewalthaber nur bestimmte Nutzungs- und Verwaltungsrechte zugesteht.

„Die Ehefrau ist nach gemeinem Rechte handlungsfähig und demgemäß prozeßfähig. Eine Beschränkung ihrer Handlungsfähigkeit ist dagegen nicht nur in denjenigen Rechtsgebieten gegeben, in denen noch die eheliche Vormundschaft des Ehemannes besteht, sondern auch regelmäßig mit den eherechtlichen Güterordnungen verbunden; in letzterer Beziehung ist sie auf die dem Ehemanne an dem Vermögen der Ehefrau sowie an dem gemeinsamen Vermögen zustehenden Rechte gegründet. Aus der Menge der auf deutschem Boden geltenden Bestimmungen werden nur die nachfolgenden hervorgehoben. Nach französischem Rechte — Code civil art. 215 — bedarf die Ehefrau — von einzelnen wenigen Ausnahmen abgesehen — der Autorisation des Ehemannes, um vor Gericht zu stehen, sie mag der klagende Theil oder der beklagte Theil sein; die Gegenpartei sei, welche sie wolle; der Rechtsstreit mag erst während der Ehe seinen Anfang nehmen oder schon vor der Ehe seinen Anfang genommen haben, sie bedarf sogar dieser Autorisation, quand même elle serait marchande publique, ou non commune ou séparée de biens. Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts 5. Aufl. von Anschütz III S. 72—74. Das preußische Civilrecht ist schwankend, so daß einzelne Autoren die Ehefrau für geschäftsunfähig erklären. Die Bestimmungen lassen doch aber schließlich nur objektive Beschränkungen des Verfügungsrechts der Ehefrau erkennen, welche auf den Rechten des Ehemannes an ihrer Person und an ihrem Vermögen beruhen. Die im ALR. II. 1 §. 189 ausgesprochene Regel, daß die Ehefrau ohne Zuziehung und Einwilligung des Mannes mit Anderen keine Prozesse führen kann, ist modifizirt in Betreff der Prozesse über ihr vertragsmäßig vorbehaltenes Vermögen — §. 230 ib. — und bei Prozessen der Eheleute unter einander. Die Ehefrau wird ferner nach AGO. I. 1 §. 21 in Prozessen über gesetzlich vorbehaltenes Vermögen bei versagter Genehmigung allein zugelassen. Das sächsische Civilgesetzbuch §§. 1638, 1641 fordert — von einzelnen Ausnahmen abgesehen — zu allen Rechtsgeschäften der Ehefrau mit Dritten, durch welche sie nicht lediglich erwirbt, die Einwilligung ihres Ehemannes; Rechtsgeschäfte, von einer Ehefrau ohne Einwilligung ihres Ehemannes eingegangen, sind nichtig (vgl. Schmidt, Vorlesungen über das sächsische Privatrecht II S. 36—38). Aus dieser Beschränkung der Handlungsfähigkeit zieht der sächsische Entwurf §§. 292, 295 zutreffend die Folgerung, daß die Ehefrau in den Fällen, in denen sie sich nicht selbstständig ohne Einwilligung

des Ehemannes verpflichten kann, auch nicht prozeßfähig sei. Das Bedürfniß nach prozessualer Selbstständigkeit der Ehefrau hat sich zunächst im Gebiete des Handelsrechts Geltung verschafft. Noch im Art. 215 des Code civil ausdrücklich versagt, wurde die Prozeßfähigkeit in Handelssachen der Handelsfrau im deutschen Handelsgesetzbuche Art. 6 und 9 zugestanden und ebenso ertheilt der §. 11 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 der verheiratheten gleich der unverheiratheten Gewerbefrau in Angelegenheiten ihres Gewerbes das Recht zum selbstständigen Auftreten vor Gericht. Das hier befriedigte Bedürfniß der Prozeßfähigkeit besteht in gleichem Maße in den zahlreichen Fällen, in welchen sich Eheleute thatsächlich trennen und die wirthschaftliche Gemeinschaft aufgeben.

„Der §. 51 Abs. 2 wird hinsichtlich des großjährigen Hauskindes und der Ehefrau von dem Gedanken beherrscht, daß beiderlei Personen an sich handlungsfähig sind und nur in ihrer Verfügungsbefugniß durch die Rechte des Inhabers der väterlichen Gewalt, bez. des Ehemannes beschränkt werden. Diese Beschränkungen der Verfügungsbefugniß werden durch die Ertheilung der vollen Prozeßfähigkeit nicht beeinträchtigt. Denn dem Hausvater oder dem Ehemanne gegenüber hängt die Gültigkeit und Wirksamkeit der ohne ihre Zuziehung zu dem Prozesse erstrittenen Judikate davon ab, inwieweit ihnen nach dem zur Anwendung gelangenden Civilrechte in Bezug auf den Gegenstand der Entscheidung Rechte zustehen, welche die Dispositionsbefugnisse des Hauskindes, bez. der Ehefrau beschränken oder aufheben. Ebensowenig braucht sich der Hausvater oder der Ehemann aus Judikaten, welche ohne seine Zuziehung erlassen sind, eine Zwangsvollstreckung in dasjenige Vermögen des Hauskindes oder der Ehefrau gefallen zu lassen, welches in Folge der ihm zustehenden Rechte der Disposition der Schuldner entzogen ist. Nichtsdestoweniger werden die Entscheidungen gegen das im Prozesse stehende Hauskind bez. die Ehefrau rechtskräftig. Durch diese Vorschriften werden die Beschränkungen des Verfügungsrechts in das Gebiet der Sachlegitimation verwiesen, und es ist dies durchaus angemessen, weil die beschränkenden Rechte dem materiellen Rechte angehören. Eine Vervielfältigung der Prozesse ist als Folge dieser neuen Vorschriften aber nicht zu besorgen, weil die Institute der Intervention und Streitverkündigung die Möglichkeit gewähren, den Hausvater bez. den Ehemann an dem Prozesse zu betheiligen.

„3) Der §. 51 Abs. 3 entzieht der Geschlechtsvormundschaft jede Einwirkung auf die Prozeßführung.

„Die Geschlechtsvormundschaft ist, nachdem sie neuerdings auch in Mecklenburg-Schwerin (vgl. Publikandum v. 17. September 1867) — mit Ausnahme von Wismar —, in Lübeck (Ges. v. 15. März 1869), in Lauenburg (Ges. v. 18. März 1869) und in Hamburg (Ges. v. 3. Juni

1870 Art. 1) aufgehoben worden, fast gänzlich vom deutschen Boden verschwunden. Bei dieser Sachlage hat die Vorschrift des §. 51 Abs. 3 um so weniger Bedenken, als das erlöschende Institut gegenüber den Rechtsanschauungen und Verkehrsbedürfnissen der Gegenwart jeder Berechtigung entbehrt und dennoch wegen seiner kontroversen Natur geeignet ist, der Prozeßführung große Schwierigkeiten zu schaffen.

„Nach den Grundsätzen des Entwurfs sind nicht prozeßfähig:

a) die physischen Personen, welche keinen Willen haben, wie Kinder, Geisteskranke 2c.;

b) die physischen Personen, welche willensfähig sind, aber welche keine oder nur eine beschränkte Dispositionsbefugniß haben (letzterenfalls mit der Maßgabe des §. 51 Abs. 1). Zu dieser Kategorie gehören die minderjährigen Hauskinder, die Verschwender, der minderjährige Emanzipirte des französischen Rechts Code civil Art. 476 ff. und alle Personen, welche aus irgend einem Grunde unter Vormundschaft — Tutel oder Kuratel — stehen und nicht ohne Vormund, Kurator, Beistand, Pfleger u. s. w. handeln können;

c) die juristischen Personen und die Personenvereine und Vermögensmassen, welche als solche klagen und verklagt werden können (§§. 19, 150).

„Alle nicht prozeßfähigen Parteien werden im Prozesse durch „gesetzliche Vertreter" vertreten. Wer im konkreten Falle der gesetzliche Vertreter der nicht prozeßfähigen Partei ist, bestimmt nach §. 50 das bürgerliche Recht.

„Der gesetzliche Vertreter hat im Allgemeinen und, insoweit nichts Abweichendes vorgeschrieben ist, die Befugnisse und Pflichten einer Partei — oder, wie sich Württemberg Art. 85 und Bayern Art. 60 ausdrücken: der gesetzliche Vertreter steht der Partei gleich und ist, wie diese, zu allen Prozeßhandlungen befugt, soweit das Gesetz nicht etwas Anderes bestimmt. Konsequenzen dieses in dem Entwurfe ausdrücklich nicht ausgesprochenen Grundsatzes enthalten die §§. 80 (in Betreff der Vollmacht), 211, 215 (rücksichtlich der Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens), 378, 415, 417, 418, 421 (in Ansehung des Eides), 203 (in Betreff der Versäumungen). Auch die Bestimmungen über die Zustellungen in §. 150 können hierher gerechnet werden.

„Aus dem bürgerlichen Rechte ist nach §. 50 endlich zu entscheiden, ob zu einem Prozesse eine nicht prozeßfähige Partei — z. B. nach preußischem Rechte ALR. II, 11 §§. 652 ff. die Kirchengemeinde — oder der gesetzliche Vertreter einer Partei einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bedarf."

1) Unter „Partei" versteht man diejenige physische oder juristische Person, welche in einem Civilprozesse in eigenem Namen die gerichtliche Anerkennung oder Aberkennung eines Privatrechtes betreibt oder betreiben läßt (vgl. Renaud, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozesses §. 45. — Wernz, Commentar zur bayr. Prozeßordnung Art. 58 Nr. 1). Man unterscheidet Haupt- und Nebenparteien im Prozesse. Hauptparteien sind diejenigen am Rechtsstreit betheiligten Personen, deren Betheiligung den Prozeß ausmacht, Kläger und Beklagter; Nebenparteien diejenigen Personen, deren Betheiligung am Rechtsstreite eine zufällige ist. Hiezu gehören nach der CPO. nur die Nebenintervenienten (§§. 63 ff.). Da sie aber zur Kategorie der „Parteien" gezählt werden müssen (arg. „Hauptpartei" in §. 64, 65), so findet für die Beurtheilung ihrer Prozeßfähigkeit §. 50 auch auf sie Anwendung.

2) Als „gesetzliche Vertreter" im Sinne des §. 50 erscheinen diejenigen Personen, welche zufolge eines Rechtssatzes anstatt derjenigen Parteien den Prozeß führen, d. i. vor Gericht handeln, welchen nach dem bürgerlichen Rechte die Prozeßfähigkeit mangelt. Dabei ist es völlig belanglos, ob der Vertreter einer prozeßunfähigen Partei unmittelbar durch Rechtssatz berufen ist, oder ob ein solcher nur die Berufung durch Vertrag, letzten Willen, obrigkeitliche Bestellung anerkennt.

In der rechtlichen Natur des Stellvertretungsbegriffes ist es gelegen, daß die Wirkung der Prozeßführung des gesetzlichen Vertreters nicht in seiner Person, sondern in der von ihm vertretenen prozeßunfähigen Partei eintritt. Formell kommt dieser selbstverständliche Satz in der äußeren Beschaffenheit des Urtheils zur Erscheinung, in welchem nicht die Anführung der gesetzlichen Vertreter genügt, sondern die Parteien selbst bezeichnet sein müssen (§. 284).

3) Das Gemeine (bürgerliche) Recht kennt folgende Fälle der gesetzlichen Stellvertretung:

a) Die Vertretung durch Tutoren und Curatoren (vergl. hierüber Wetzell, System 3. Aufl. S. 87. Ueber den Konkursverwalter §§. 5, 29 der Konkursordnung).

b) Die Vertretung juristischer Personen durch ihre Organe. (Vergl. Wetzell a. a. O. S. 88.)

c) Die der minderjährige Hauskinder durch ihre Patresfamilias. (Vgl. Wetzell a. a. O. S. 89.) Für großjährige Hauskinder ist in §. 51 Abs. 2 Gemeines Recht geschaffen.

4) Partikularrechtlich ergibt sich in den größeren deutschen Rechtsgebieten ein im Wesentlichen mit dem Gemeinen Recht übereinstimmender Rechtszustand.

So nach preußischem Rechte. (Vgl. Koch, das preußische Civilprozeß-

recht. Erster Theil §§. 82 ff., §. 116. Zweiter Theil Erster Titel §§. 3, 4, 8, 33). Das preußische Recht kennt für bevormundete Personen auch einen Litiskurator, d. i. einen für die Prozeßführung besonders bestellten Kurator. (Koch a. a. O. Erster Theil §. 116, II.)

Ueber das sächsische Recht vgl. Osterloh, der ordentliche bürgerliche Prozeß nach königlich Sächsischem Rechte 1. Bd. §. 165.

Ueber das französische Recht s. Zachariä, Handbuch des franz. Civilr. 4. Aufl. §§. 114, 126, 149; 135 III; vgl. Art. 996 des Code civil, §. 287 (zu Art. 2174 des Code civil).

Eine besondere rechtliche Stellung in Bezug auf die Prozeßfähigkeit nimmt der emanzipirte Minderjährige des französischen Rechtes ein.

Einem solchen wird durch den Familienrath ein Kurator ernannt (Code civil Art. 480), dessen Beistandes er bedarf in Immobiliarprozessen und in denjenigen Mobiliarprozessen, in welchen es sich um ein ausstehendes Kapital des Minderjährigen handelt (Code civil Art. 482 und Zachariä a. a. O. §. 131 und 132). Per argumentum a minori ad majus soll nach Ansicht der französischen Jurisprudenz auch in Statusprozessen der Beistand des Kurators erforderlich sein (Zachariä a. a. O. §. 132 Anm. 4).

Ueber die gesetzlichen Vertreter nach bayrischem Rechte vgl. Wernz, Commentar Art. 58 S. 857. — Hinzuzufügen ist, daß die Distriktsgemeinde durch den Distriktsrath- bezw. Distriktsrathausschuß, die Kreisgemeinde durch den Landrath vertreten wird. (S. v. Pözl, bayr. Verfassungsrecht §§. 135, 142.)

5) Die Nothwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung findet sich

a) in Preußen für Kirchengemeinden und solche Gesellschaften und Anstalten, deren Vermögen die Rechte der Kirchengüter hat, als: geistliche Gesellschaften, Schulen und Universitäten, öffentliche Armenanstalten. Sie bedürfen zur Prozeßführung der Ermächtigung ihrer vorgesetzten Behörde. Preuß. Landrecht Theil II Tit. 11 §§. 650—657, 661, 952. Tit. 12 §. 19. Tit. 19 §§. 42, 43.

b) in Bayern für die Prozesse der Kirchenverwaltungen und der Inhaber kirchlicher Pfründen (Gemeindeordnung für das dießrheinische Bayern Art. 206, für die Pfalz Art. 129 Revidirtes Gemeindeedict vom 6. Juli 1834 §. 59 Abs. 3—5 und §. 94 Abs. 5—8. Verordnung vom 6. Dezember 1808 Art. 15); für die Prozesse der katholischen Kirchenfabriken (Dekret vom 30. Dezember 1809 Art. 77, Siebenpfeiffer, die Verfassung Rheinbayerns Bd. II S. 423), der protestantischen Presbyterien (Verordnung vom 8. Januar 1819, Siebenpfeiffer a. a. O. S. 515) und

der Pfründen (Dekret vom 6. November 1813 Art. 14, 29, 51; Bulletin des lois von 1813), in der Rheinpfalz für die Prozesse der öffentlichen Stiftungen, welche nicht von den Gemeinden verwaltet werden (Verordnung vom 17. Dezember 1825 §. 69; vom 6. März 1817 Art. 9. — Arrêté vom. 4. Mess. IX Art. 13 und vom 10. Vend. XII Bulletin des lois v. IX und XII.

Geistliche Genossenschaften (Klöster und dgl.), die Universitäten und die Stiftungen, welche von den Gemeinden verwaltet werden, bedürfen keiner besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung. [Dießrheinische Gemeindeordnung Art. 206 Ziffer 5. Pfälzische Gemeindeordnung Art. 130. Verordnung vom 20. Dezember 1815 Art. 9 (Reggsbl. v. 1816 S. 133) und vom 30. September 1819. — S. Wernz, Commentar S. 85 zu Art. 58.]

c) in Württemberg: für Vormünder und Curatoren aller Art, welche die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde, für Gemeindepfleger, welche die Ermächtigung des Gemeinderaths, für den Universitätskassier in Tübingen, welcher die Ermächtigung des academischen Senats, für die protestantischen Pfarrer oder die das erledigte Pfarreivermögen verwaltenden Kameralämter, welche die Ermächtigung des Consistoriums bedürfen. (Vgl. Fecht, die Civilprozeßordnung des Königreichs Württemberg 1. Bd. S. 156 ff.)

d) in Baden für Prozesse des Kirchengemeinderaths über das örtliche Kirchenvermögen der Kirchspiele, die Kirchenfabrik und die Kirchen- und Pfarrhausbaufonds der protestantischen Kirche. Hiezu wird die Zustimmung der Kirchengemeindeversammlung und die Genehmigung des Oberkirchenraths erfordert (vgl. v. Freydorf, Badische Prozeßordnung S. 310 Nr. 3), sodann für die Prozesse der lokalen Stiftungen, d. s. jener, die sich nicht über einen Kreis erstrecken; die öffentlichen Verrechnungen müssen nämlich zum Prozeßbeginn von dem Verwaltungshofe autorisirt sein, auf den die Kompetenzen der Kreisregierungeu übergegangen sind [vgl. Bekanntmachung vom 21. April 1810 zum Organisationsedict vom 26. November 1809 (Beilage D Nr. 19), Regierungsblatt Nr. XIX, Verordnungen vom 17. Oktober 1811 (Regierungsblatt Nr. XIX) vom 8. Juli 1819 (Regierungsblatt Nr. XXI) vom 21. Juli 1821 (Regierungsblatt Nr. XVI) Gesetz vom 5. Oktober 1863 §. 21 (Regierungsblatt Nr. XLIV) und ganz allgemein: Art. 4 der Verordnung vom 30. September 1832, wonach keine Exekutivstelle ohne Genehmigung des ihr vorgesetzten Verwaltungskollegiums einen Prozeß beginnen oder sich in einen solchen einlassen kann (Regierungsblatt Nr. LV). Freydorf a. a. O. S. 307].

e) in den Thüringischen Staaten. Auch hier wird wenigstens regelmäßig zur Prozeßführung der Vormünder und Curatoren obervormundschaftliche

Ermächtigung erfordert. Gemeindevertreter bedürfen nach einzelnen Landesgesetzen der behördlichen Erlaubniß, Vertreter der Kirchen, Schulen und milden Stiftungen der Ermächtigung der geistlichen Oberbehörde (Heimbach, Lehrbuch des sächsischen bürgerlichen Prozesses Bd. I §. 29).

f) Nach französischem Rechte kann der Vormund des Minderjährigen den Mündel regelmäßig ohne Ermächtigung vertreten. Ausnahmsweise kann er nur mit Ermächtigung des Familienrathes handeln:

1) als Kläger bei Erhebung einer Immobiliarklage für den Mündel;
2) um eine Statusklage für den Mündel anzustellen;
3) um sich solchen Klagen gegen den Mündel zu unterwerfen (vgl. jedoch zu §. 52 Nr. 1);
4) um auf Theilung zu klagen (Zachariä, Handbuch §. 114).

Was vom Vormund des Minderjährigen gilt, findet auch seine entsprechende Anwendung auf den Vormund des Mundtodten (Zachariä a. a. O. §. 126) und den Curator ventris (Zachariä a. a. O. §. 135, III).

Außerdem ist noch zu bemerken, daß der emancipirte Minderjährige zur Unterwerfung unter eine gegen ihn erhobene Immobiliar- (oder Standes-) Klage einer besonderen Ermächtigung des Familienrathes bedarf (Zachariä a. a. O. §. 133 Nr. 5. S. jedoch zu §. 52 Nr. 1).

g) im Gemeinem Rechte mit Einführung der Konkursordnung für den Konkursverwalter. Wenn Prozesse für oder gegen die Masse anhängig gemacht werden sollen, bei denen es sich um mehr als als 300 Mk. an Werth handelt, so hat der Verwalter die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen, falls ein solcher besteht. (Vgl. §. 121 Ziff. 2 der Konkursordnung vom 10. Februar 1877. Hiezu von Völdernndorff, Commentar.)

6) Die Prozeßfähigkeit umfaßt die Fähigkeit zu allen Handlungen, welche zum Zwecke der Prozeßführung nothwendig oder dienlich sind. Dazu gehören demnach nicht blos die Handlungen der Partei vor Gericht, sondern auch alle diejenigen, welche sich auf den Prozeßbetrieb beziehen und die Rechtsgeschäfte, welche zum Handeln vor Gericht oder zum Prozeßbetrieb abgeschlossen werden, z. B. die Verträge mit dem Anwalt behufs Uebernahme der Prozeßvertretung, mit dem Gerichtsvollzieher und Zustellungsbevollmächtigten behufs Bethätigung und Empfangnahme der Zustellungen &c. (Vgl. Lothar Seuffert, Commentar §§. 50, 51 S. 50 Nr. 3. — Arg. §. 153 Abs. 1, §. 74 ff.)

Die Zustellung an eine nicht prozeßfähige Person hat nicht die Wirkung einer gültigen Zustellung (Arg. §. 157 Abs. 1, §. 159). Wo eine besondere Ermächtigung zur Prozeßführung civilrechtlich vorgeschrieben ist, kann die Zustellung vor der Anhängigkeit des Prozesses auch ohne die Ermäch-

tigung in Empfang genommen werden, da die Empfangnahme einer Zustellung, durch welche ein Prozeß anhängig gemacht werden soll, noch nicht Prozeßführung ist. — (Lothar Seuffert a. a. O. Nr. 4.)

In der Reichstagskommission bemerkte zu §. 50 der Abg. Gaupp: „Er befürchte, daß sich aus §. 50 folgende Schwierigkeit ergebe: Nach dem bürgerlichen Rechte einzelner Länder sei der Vormund nicht prozeßfähig, weder um als Kläger aufzutreten, noch als Vertreter des verklagten Pupillen, ohne seitens der Obervormundschaftsbehörde spezielle Ermächtigung erhalten zu haben. Wenn also der Kläger dem Vormunde des Beklagten eine Klage giltig zustellen solle, so bedürfe der Vormund ein Dekret der Obervormundschaft zur Prozeßführung. Die Folge davon sei, daß der Kläger auf Grund dieser Zustellung kein Kontumazialerkenntniß erwirken könnte; denn die Zustellung an den nicht prozeßfähigen Vormund wäre nicht genügend. Die Contumacia bewirke die Fiktion des Zugeständnisses der Klagbehauptungen. Dies erscheine als ein Dispositionsakt, zu welchem der Vormund, sofern es sich um einen erheblichen Streitgegenstand handle, ebensowenig befugt erscheine, wie zu einer anderweitigen Disposition über den Streitgegenstand. Nun könne man aber dem Kläger nicht zumuthen, seinerseits ein Dekret der Obervormundschaft, welches dem Vormund des Beklagten die Prozeßfähigkeit ertheile, zu erwirken. Dies führe dahin, der Obervormundschaft selbst die Klage zu behändigen, während doch der Entwurf davon auszugehen scheine, daß stets die Behändigung an den Vormund zu geschehen habe. Er stelle daher die Frage, wie in einem solchen Falle zu verfahren sei, wenn man nicht das Erforderniß der Ermächtiguug zur Prozeßführung unter Abänderung der bezüglichen partikularrechtlichen Bestimmungen auf die Klagerhebung beschränken wollte."

Direktor von Amsberg entgegnete: „Der §. 50 sei mit Rücksicht auf die bestehenden Partikulargesetze aufgenommen worden. Die gestellte Frage lasse sich daher nicht allgemein, sondern nach konkreten Landesgesetzen beantworten. Wo eine Landesgesetzgebung soweit gehe, die Rechtswirksamkeit einer Zustellung an den Vormund an die Ertheilung spezieller Ermächtigung seitens der Vormundschaftsbehörde zu knüpfen, da werde die betreffende Gesetzgebung auch Mittel und Wege schaffen, um diese Ermächtigung des Vormundes herbeiführen zu können." (Komm.-Prot. S. 773, 774 resp. 511, 512.)

Meines Ermessens hat aber eine landesgesetzliche Bestimmung nicht die Fähigkeit, über die Wirksamkeit einer Klagszustellung zu entscheiden, wenn diese nicht ein Akt der Prozeßführung ist; ein solcher ist sie nicht auf Seite desjenigen, der sie in Empfang nimmt. Man denke an die Zustellung

nach §§. 166, 167, welche zu verweigern der Adressat nicht einmal im Stande ist. Dazu kommt die Bestimmung in §. 157 Abs. 1, welche ganz allgemein Zustellung an die gesetzlichen Vertreter nicht prozeßfähiger Parteien anordnet. — Die in den Kommissionsverhandlungen angeregten Schwierigkeiten können aber in Wahrheit gar nicht entstehen. Denn der Vormund hat die Pflicht, nach erhaltener Zustellung um die Ermächtigung zur Prozeßführung bei der Obervormundschaft zu ersuchen. Erhält er sie nicht, so mag die Obervormundschaft die Folgen verantworten. (Vergl. auch die Kommissionsprotokolle zu §. 54 S. 24, 25 unten bei §. 54.)

7) Der ursprünglichen Prozeßunfähigkeit steht die nachträglich eintretende gleich. Eine prozeßunfähig gewordene Partei kann das Verfahren nicht fortsetzen. In diesem Falle tritt Unterbrechung des Verfahrens ein (§. 219). Die gleiche Wirkung hat der Wegfall des gesetzlichen Vertreters im Laufe des Verfahrens (§. 219).

8) Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei bewirkt nicht die Prozeßunfähigkeit derselben. Gänzlich unberührt bleibt der Fortgang des Verfahrens dann, wann es die Konkursmasse nicht betrifft. Wo es die Konkursmasse betrifft, bestimmt sich nach §. 1 Abs. 1 der Konkursordnung (vgl. v. Völdernborff, Commentar der Konkursordnung S. 45 ff.). Dagegen wird das Verfahren, welches die Konkursmasse betrifft, unterbrochen, bis dasselbe nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen wieder aufgenommen wird (§§. 218, 220). Hiezu: §§. 8, 9, 132 Abs. 2 und 134 Abs. 3 der Konkursordnung (v. Völdernborff a. a. O. S. 140 ff.). Im Uebrigen vgl. die Erläuterungen zu §§. 218 u. 226.

---

§. 52.

Einzelne Prozeßhandlungen, zu welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, sind ohne dieselbe gültig, wenn die Ermächtigung zur Prozeßführung im Allgemeinen ertheilt oder die Prozeßführung auch ohne eine solche Ermächtigung im Allgemeinen statthaft ist.

Motive: „Ist die nothwendige Ermächtigung zur Prozeßführung ertheilt oder ist die Prozeßführung auch ohne eine solche Ermächtigung im Allgemeinen statthaft, so sind nach dem wichtigen Prinzip des §. 52 einzelne Prozeßhandlungen, zu welchen nach dem bürgerlichen Rechte eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, gleichwohl ohne dieselbe gültig. Dieser Grundsatz — dem §. 85 des nordd. Entw. entnommen — ist eine Anwendung

des in dem Deutschen Handelsgesetzbuche Art. 43 rücksichtlich der Prokura und in dem Entwurfe §. 77 hinsichtlich der Vollmacht anerkannten Prinzips, daß nach Außen hin — dritten Personen gegenüber — im Interesse der Sicherheit des Verkehrs Beschränkungen der Legitimation, der Vertretungsbefugniß unzulässig sind, mögen diese Beschränkungen auf Willkür einer Partei oder auf einer gesetzlichen Bestimmung beruhen, welche nicht dem Reichsrechte angehört. Durch den §. 52 werden Vorschriften beseitigt, wie sie z. B. die preuß. AGO. I 10 §. 292 in Betreff der Berechtigung der Vormünder zur Relation von Eiden enthält."

1) Zu den durch diesen Paragraphen beseitigten Vorschriften gehören z. B. auch die der bayerischen Gemeindeordnung vom 29. April 1869 für die Landestheile diesseits des Rheines in Art. 112 Ziff. 12 und Art. 147, wonach die gesetzlichen Vertreter der Gemeinden zum Vergleich und Streitabstand einer besonderen Ermächtigung bedurften. Ferner die Vorschrift des französ. Rechtes sub Nr. 5 lit. f 3 der Erläuterung zu §§. 50, 51, sowie die Nothwendigkeit der Ermächtigung des emancipirten Minderjährigen durch den Familienrath zur Unterwerfung unter gewisse Klagen (s. zu §§. 50, 51 Nr. 5 lit. f a. E.).

2) Die Beseitigung solcher Vorschriften bezieht sich jedoch nur auf den Prozeß d. h. auf das Verhältniß der streitenden Theile unter sich. Die rechtliche Verpflichtung zur Einholung der Ermächtigung Seitens des Prozeßführenden ist damit selbstverständlich nicht aufgehoben und die Regreßrechte gegen ihn bleiben vorbehalten, wenn er dieser Verpflichtung nicht nachkommt.

---

§. 53.

Ein Ausländer, welchem nach dem Rechte seines Landes die Prozeßfähigkeit mangelt, gilt als prozeßfähig, wenn ihm nach dem Rechte des Prozeßgerichts die Prozeßfähigkeit zusteht.

Motive: „Der §. 53 erweitert im Anschluß an §. 35 der Einleitung zum preuß. ALR. und Art. 84 der Wechsel-Ordnung die Prozeßfähigkeit des Ausländers dergestalt, daß es genügt, wenn derselbe entweder nach dem Rechte seines Landes oder nach dem Rechte am Orte des Prozeßgerichts prozeßfähig ist. Gericht und Gegner werden durch diese Vorschrift in der Regel hinsichtlich der Prozeßfähigkeit der Nachforschung nach dem fremden Rechte überhoben sein."

1) Dieser Paragraph regelt die Prozeßfähigkeit des Ausländers vor den deutschen Gerichten. Ueber den Begriff des Ausländers vergl. die

Verfassung des deutschen Reiches Art. 1 u. 3. — Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- nnd Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870.

Der Ausländer gilt nach §. 53 als prozeßfähig vor dem deutschen Gerichte sowohl dann, wenn ihm in Ermangelung der heimathlichen Prozeßfähigkeit nach dem Rechte des Prozeßgerichts die Prozeßfähigkeit zusteht als auch für den Fall, daß ihm dieselbe nach den Gesetzen seines Landes zukommt, dagegen nach dem Rechte des Prozeßgerichtes mangelt. So kann der Ausländer in Deutschland nur dann als prozeßunfähig gelten, wann ihm nach den übereinstimmenden Vorschriften des ausländischen und des am Ort des Prozeßgerichts geltenden Rechtes die Prozeßfähigkeit abgeht. Dieß gilt sowohl für die aktive wie für die passive Seite der Prozeßfähigkeit.

Der Fall, wo ein Deutscher in seinem Heimathlande prozeßfähig, dagegen nach dem Rechte des Prozeßgerichts prozeßunfähig erscheint, ist durch den §. 53 nicht gedeckt. In einem solchen Falle muß über das anzuwendende Recht nach den allgemeinen Regeln bezw. nach den Vorschriften des Landrechtes, dem das Prozeßgericht angehört, entschieden werden. In den meisten Fällen wird man hier zu dem gleichen Ergebniß gelangen wie §. 53 für Ausländer (cf. Brinz, Pandekten 2. Aufl. S. 103 f. Nr. 1; Bayr. Gerichtsordnung Kap. XIV §. 7 Nr. 8; J. A. Seuffert, Commentar hiezu Bd. I Kap. II §. 2).

2) In den Verhandlungen der Reichstagskommission wurde gegenüber dem Antrag des Abg. Reichensperger, den §. 53 zu streichen, von dem Regierungskommissär Appellrath Dr. Hauser hervorgehoben:

„Auch Ausländer würden im Inlande bevormundet, wenn die Voraussetzungen dazu gegeben und die auswärtige Behörde die Vormundschaft nicht an sich ziehe. In einem solchen Falle sei das inländische Recht über die Vormundschaft maßgebend; dasselbe entscheide über die Dauer der Bevormundung und müsse deßhalb auch über den Eintritt der Handlungsfähigkeit entscheiden" (Komm.-Prot. S. 24).

3) Die vom Abg. Wolffson angeregte Frage:

„ob für einen Ausländer, der nach inländischem Rechte prozeßfähig, nach dem Rechte seines Heimathsstaates nicht prozeßfähig sei, und dem deßhalb im Ausland ein Vormund bestellt worden, dieser Vormund im Inlande Klage erheben könne?"

beschloß man in der Reichstagskommission der Praxis zu überlassen.

Ein hierauf von dem Abg. Wolffson beantragter Zusatz des Inhalts:

„der Eintritt des gesetzlichen Vertreters in den Prozeß wird durch den Paragraphen nicht ausgeschlossen".

wurde abgelehnt, nachdem die Abgg. Klotz und Gneist denselben als

überflüssig bezeichnet und insbesondere der Letztere bemerkt hatte, wie es sich von selbst verstehe, daß der Vormund als Assistent zugelassen werden müsse. (Komm.-Prot. S. 24.)

Angesichts der ratio legis, wie sie in den Motiven dargelegt ist, wird man sowohl die Klagerhebung des gesetzlichen Vertreters eines prozeßunfähigen Ausländers als dessen Eintritt in den Prozeß für zulässig erachten müssen. —

4) Es ist nur eine Seite der durch §. 53 anerkannten Prozeßfähigkeit des Ausländers, daß derselbe in dem vor dem deutschen Gerichte anhängigen Prozeß auch im Auslande handeln kann, z. B. vor einem requirirten Richter des Auslandes.

---

§. 54.

Das Gericht hat den Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung von Amtswegen zu berücksichtigen.

Die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter kann zur Prozeßführung mit Vorbehalt der Beseitigung des Mangels zugelassen werden, wenn mit dem Verzuge Gefahr für die Partei verbunden ist. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

Motive: „Der §. 54 erklärt es in Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Doktrin, den neuen deutschen Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen für einen Gegenstand der öffentlichen Ordnung, daß keine Verhandlungen gepflogen werden, welche wegen Mangels der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der Ermächtigung zur Prozeßführung nichtig sind. Er überweist daher diese Punkte der Offizialprüfung durch das Prozeßgericht. Eine Konsequenz enthalten die Bestimmungen der §§. 126, 238 Abs. 2, 257 Abs. 2, 290 Nr. 1, eine weitere Konsequenz ist der — von dem Entwurfe allerdings nicht ausdrücklich ausgesprochene — Satz, daß das Gericht die fraglichen Mängel — sei es von Amtswegen, sei es auf Antrag einer Partei — bis zur Erlassung des Endurtheils zu berücksichtigen hat. Nur wenn der Beklagte über die „Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung" abgesonderte Verhandlung und Entscheidung verlangt, muß er dieselbe vor der Verhandlung zur Hauptsache gleichzeitig mit sonstigen prozeßhindernden Einreden vorbringen (§§. 238 Nr. 6, 239). Wenn erst im Laufe eines Prozesses eine Partei die Prozeßfähigkeit verliert oder der gesetzliche Vertreter durch

Tod oder Ende seiner Vertretungsbefugniß wegfällt und letzternfalls vom Vertreter ein Prozeßbevollmächtigter nicht bestellt ist, so wird nach §§. 211, 215 der Prozeß bis zur Regelung des Vertretungspunkts unterbrochen.

„In Uebereinstimmung mit Bayern Art. 59 und mit dem hannov. Entw. §. 50 bestimmt der Abs. 2 des §. 54, daß bei Gefahr im Verzuge die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter mit Vorbehalt der Beseitigung des Mangels einstweilen zur Prozeßführung zugelassen werden kann. Das Endurtheil darf hier — wie im Falle des §. 83, bei nicht vollständiger Legitimation des einstweilen zugelassenen Prozeßbevollmächtigten — erst erlassen werden, nachdem die für die Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist abgelaufen ist."

1) Zu §. 54 lag in den Verhandlungen der Reichstagskommission das Amendement Reichensperger vor: dem Abs. 1 zuzusetzen: „wenn dieser Mangel aus den Akten hervorgeht oder offenkundig ist." Der Antragsteller bemerkte hiezu: „Es sei wünschenswerth, den von ihm beantragten Zusatz zu machen, um den Sinn des Paragraphen außer jeden Zweifel zu setzen. Der Richter solle nicht verpflichtet werden, immer und auch dann Beweise zu erfordern, wenn die Prozeßunfähigkeit notorisch sei oder aus den Akten hervorgehe."

Direktor von Amsberg erklärte sich sachlich einverstanden und bemerkte, daß es ganz im Allgemeinen dem richterlichen Ermessen anheimgegeben sein solle, ob er Beweise fordern wolle oder nicht. Abg. Reichensperger zog nach dieser Erklärung seinen Antrag zurück.

Bei der weiteren Berathung stellte zu Abs. 2 des Paragraphen Abg. Mayer an die Regierungskommission die Frage: „ob ein förmliches Urtheil nothwendig sei, wenn Arreste und einstweilige Verfügungen — auf welche nach des Anfragenden Ansicht die Bestimmung im §. 54 vorzugsweise sich beziehe — wegen Nichtbeseitigung eines Mangels der Prozeßfähigkeit aufgehoben würden?"

Direktor von Amsberg erwiderte: „Nach dem Entwurfe solle, wenn Mängel der Prozeßfähigkeit behauptet werden, das Kontumacialurtheil ausgesetzt werden. Kommt es zu einer neuen Verhandlung und stellt sich heraus, daß der Betreffende den Mangel nicht beseitigen kann, so gilt die Partei als nicht erschienen und es wird ein Kontumacialurtheil erlassen." Abg. Thilo widerlegte die Bedenken des Abg. Mayer mit dem Hinweis auf §. 747 und 746 des Entwurfs und mit dem Bemerken, der Richter werde keinen Arrest anlegen, wenn der betreffende Antragsteller nicht ausreichend ermächtigt oder nicht prozeßfähig sei. (Komm.-Prot. S. 24, 25.)

2) Aus den sub 1 mitgetheilten Verhandlungen im Zusammenhalte

mit der Fassung des §. 54 Abs. 1 folgt: daß die Art und Weise, in welcher das Gericht den Mangel der Prozeßfähigkeit einer Partei von Amtswegen berücksichtigen will, von dem richterlichen Ermessen bestimmt wird. Das Gericht kann daher der Partei, deren Prozeßfähigkeit, Legitimation ꝛc. es bezweifelt, auflegen, den Zweifel zu beseitigen. Dabei kann sich das Gericht mit Bescheinigung begnügen oder Beweis fordern. Es kann aber auch selbstverständlich die prrozeßunfähige Partei sofort zurückweisen, wenn der Mangel der Prozeßfähigkeit ꝛc. offenkundig ist.

3) Die Pflicht des Gerichtes, solche Mängel von Amtswegen zu berücksichtigen, schließt das Recht der Gegenpartei, dieselben durch Einrede zu rügen, nicht aus. Ueber solche Einreden ist unter Umständen gesondert zu verhandeln (§. 247 Ziff. 5, 248). Sie können in jeder Lage der Sache geltend gemacht werden, da die Parteien darauf wirksam nicht verzichten können (§§. 247 Abs. 2, 267 Abs. 2, §. 490). Der Beweis behaupteter Prozeßunfähigkeit der Gegenpartei liegt im Hinblick auf die Pflicht des Gerichts nicht nothwendig der behauptenden Partei ob; das Gericht kann vielmehr auch der Gegenpartei auflegen, ihre Prozeßfähigkeit darzuthun und selbst amtliche Erhebungen darüber pflegen. Aus dem gleichen Grunde ist das Gericht durch Geständnisse (§. 261) nicht gebunden.

4) Erheben sich über die Prozeßfähigkeit ꝛc. Bedenken, sei es ohne, sei es auf Anregung einer Partei, so ist es Pflicht des Vorsitzenden, in der mündlichen Verhandlung darauf aufmerksam zu machen (§. 130 Abs. 2). Schon hieraus ergibt sich, daß die Berücksichtigung des Mangels der Prozeßfähigkeit ꝛc. nicht an die Eröffnung des Verfahrens gebunden ist, sondern jederzeit einzutreten hat.

5) In Ansehung des Verfahrens, welches einzutreten hat, wenn das Gericht den Mangel der Prozeßfähigkeit oder ähnliche Mängel entdeckt oder vermuthet, sind — abgesehen von den Fällen des Abs. 2 dieses Paragraphen — folgende Möglichkeiten gegeben:

a) Unter Umständen — so bei sofort feststehender Prozeßunfähigkeit — erläßt das Gericht das entsprechende Versäumungsurtheil nach Antrag des Gegners, da die prozeßunfähige Partei nicht als erschienen gelten kann (vgl. Tit. 3 des 2. Buchs §§. 295 ff).

b) Das Gericht kann auch, von der Befugniß des §. 206 Gebrauch machend, die Verhandlung von Amtswegen vertagen und der Partei den Nachweis der bezweifelten Prozeßfähigkeit bis zur neuen Tagfahrt auferlegen. Wird der Nachweis erbracht, so entscheidet das Gericht nach Lage der Sache, entweder in einem kontradictorischen oder in einem Kontumazialurtheil. Wird der Nachweis nicht erbracht, so ist jedenfalls trotz Ausbleibens der Gegenpartei der Antrag der den Nachweis nicht erbringenden

Partei auf Erlassung eines Versäumnißurtheils zurückzuweisen (§. 300 Ziff. 1).

c) Der Mangel kann erst später entdeckt werden, nachdem schon von der prozeßunfähigen Partei verhandelt ist. Wenn von Seiten desjenigen, dem die Disposition über den Prozeß zusteht, das bisherige Verfahren genehmigt wird, so erscheint die Richtigkeit desselben als geheilt (arg. a majori ad minus aus §. 513 Ziff. 5 u. §. 542 Ziff. 4); wenn nicht, so hat das Gericht jedes weiteren Verfahrens sich zu enthalten. Ist das Verfahren bereits bis zum Endurtheil gediehen, so finden gegen dieses die entsprechenden Rechtsmittel statt (§§. 472, 507).

6) In allen Fällen, in welchen mit dem Verzuge Gefahr für die Partei, d. i. diejenige, auf deren Seite der Mangel besteht, verbunden ist, kann sie oder ihr nicht genügend legitimirter gesetzlicher Vertreter zur Prozeßführung zugelassen werden unter Festsetzung einer Frist zur Beseitigung des Mangels. Wann Gefahr im Verzuge als vorhanden zu erachten sei und ob nach §. 54 Abs. 2 deßhalb verfahren werden solle, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Es besteht keinesfalls für dasselbe ein Zwang, die prozeßunfähige Partei oder den nicht ermächtigten Vertreter derselben vorläufig zuzulassen.

Durch die Befugniß des Abs. 2 hat das Gericht ein Mittel in der Hand, den noch nicht ermächtigten Vormund des verklagten Mündels einstweilen am Prozesse Theil nehmen zu lassen, bis er die obervormundschaftliche Genehmigung erhalten hat (s. o. §§. 50, 51 Nr. 6).

Wenn der Mangel innerhalb der vom Gerichte vorgesteckten Frist gehoben wird, so erscheint die Prozeßführung bis zu diesem Zeitpunkt als giltig, wenn nicht, so ist die Wirkung der bisherigen Prozeßführung wie in dem Falle sub Nr. 5 lit. c zu beurtheilen, falls nicht eine Verlängerung der vorgesteckten Frist nach den Grundsätzen des §. 202 eintritt.

7) Ist ein Prozeß trotz des in Abs. 1 dieses Paragraphen bezeichneten Mangels und ohne in Mitte liegende Genehmigung der dispositionsfähig gewordenen Partei oder des ermächtigten Vertreters durch rechtskräftiges Endurtheil entschieden, so findet dagegen die Nichtigkeitsklage statt (§. 542 Ziff. 4).

8) Ueber die Fälle, wo die genannten Mängel erst im Laufe eines Verfahrens eintreten, nicht: entdeckt werden, vgl. §§. 219, 223.

---

§. 55.

Soll eine nicht prozeßfähige Partei verklagt werden, welche ohne gesetzlichen Vertreter ist, so hat der Vorsitzende des Prozeßgerichts derselben, falls mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist, auf Antrag bis zu dem Eintritte des gesetzlichen Vertreters einen besonderen Vertreter zu bestellen.

Der Vorsitzende kann einen solchen Vertreter auch bestellen, wenn in den Fällen des §. 21 eine nicht prozeßfähige Person bei dem Gerichte ihres Aufenthaltsorts oder Garnisonorts verklagt werden soll.

Motive: „Im §. 55 wird das Institut des Litiskurators — preuß. AGO. I. 1 §§. 9, 12 — geregelt. Der erste Absatz bestimmt, daß, im Falle eine nicht prozeßfähige Person, bezw. eines der nach §§. 19, 150 „parteifähigen" Prozeßsubjekte verklagt werden soll und ohne gesetzlichen Vertreter ist, der Vorsitzende des Prozeßgerichts auf Antrag des Gegners unter der Voraussetzung, daß mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist, bis zu dem Eintritte des gesetzlichen Vertreters einen „besonderen Vertreter" bestellen muß. Die Befugniß zur gleichen Maßregel gibt der Abs. 2, wenn eine nicht prozeßfähige Person in dem Gerichtsstande des Aufenthalts- oder Garnisonorts in Fällen des §. 21 verklagt werden soll. Der Abs. 2 bezieht sich nur auf physische Personen, ergänzt die durch §. 21 getroffene Einrichtung eines besonderen Gerichtsstandes für dergleichen Klagen und stellt im Gegensatze zum Abs. 1 die Bestellung des besonderen Vertreters in das Ermessen des Vorsitzenden des Gerichts.

„Der ernannte besondere Vertreter hat die Rechte der von ihm vertretenen Partei mit allen Befugnissen eines gesetzlichen Vertreters bis dahin wahrzunehmen, daß im Falle des Abs. 1 der gesetzliche Vertreter, beziehentlich im Falle des Abs. 2 der Vater oder Vormund, in den Prozeß eintritt.

„Für eine Ausdehnung der Bestimmungen des ersten Absatzes auf die Fälle einer bloßen Verhinderung des vorhandenen gesetzlichen Vertreters und der Bestimmungen des zweiten Absatzes auf Klagen, welche die nicht prozeßfähige Partei erheben will, ist dem preuß. Entw. §. 87 entgegen ein besonderes praktisches Bedürfniß nicht anerkannt."

1) Die Voraussetzungen der Aufstellung eines interimistischen Prozeßvertreters nach Abs. 1 sind folgende:

a) Die Absicht, eine nicht prozeßfähige Partei zu verklagen. Eine nichtprozeßfähige Partei ist nicht bloß die bevormundete physische Person, sondern auch die juristische Person, der Personenverein, die Vermögens-

masse ꝛc., welche selbstständig belangt werden kann (§. 19). Es bleibt unverständlich, wie Siebenhaar trotz der Fassung des Abs. 1 und trotz der unzweideutigen Sprache der Motive ohne Grundangabe gerade das Gegentheil behaupten konnte. (S. dessen Commentar §. 55 S. 98.)

b) Der Mangel — nicht etwa blos die Verhinderung, Abwesenheit ꝛc. — eines gesetzlichen Vertreters der zu verklagenden prozeßunfähigen Partei.

c) Gefahr im Verzuge für den Kläger.

d) Antrag des Klägers bei dem Vorsitzenden des Prozeßgerichtes.

Dieser Antrag hat selbstverständlich der Klagzustellung vorherzugehen (Arg. vv.: „Soll . . . verklagt werden"). Da für die Stellung dieses Antrags keine Form vorgeschrieben ist, so wird man jede beliebige mündliche oder schriftliche Form als genügend zu erachten haben, daher auch die Stellung des Antrags zum Protokoll des Gerichtsschreibers, wofür dann mit Rücksicht auf §. 74 Abs. 2 auch vor den Landgerichten der Anwaltszwang nicht besteht (s. oben §. 37. — A. M. Lothar Seuffert, Commentar §. 55 Nr. 3).

Vor höheren Gerichten als den Landgerichten kann die Bestellung eines interimistischen Vertreters nicht vorkommen, weil vor diesen Niemand verklagt werden kann.

Ergibt sich daher in einer höheren Instanz erst der Mangel eines gesetzlichen Vertreters, so findet §. 219 mit 223 Anwendung. Das Gleiche findet statt, wenn in erster Instanz, aber erst nach der Klagszustellung, die Prozeßunfähigkeit eintritt (§. 219). Der Kläger ist in solchen Fällen freilich gegen eine Verzögerung der Aufstellung eines gesetzlichen Vertreters nicht geschützt, selbst wenn Gefahr im Verzuge ist.

2) Wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen, so muß der Vorsitzende des Prozeßgerichts, dem übrigens die Beurtheilung der Frage, ob Gefahr mit dem Verzuge verbunden sei, zusteht, einen Vertreter bestellen. Gegen die Ablehnung des dießbezüglichen Antrages steht dem Antragsteller des Rechtsmittel der Beschwerde zu (§. 530). Die Zuständigkeit des Gerichts hat der Vorsitzende nicht zu prüfen. Hierüber ist erst nach Anhängigmachung des Prozesses zu entscheiden. Denn die Prüfung der Zuständigkeit gebührt dem Gericht, nicht dem Vorsitzenden (arg. §. 513 Ziff. 4, vgl. Wetzell, System 3. Aufl. §. 39 Nr. 2 S. 478 Note 19). Auch kann diesem nicht die Befugniß eingeräumt werden, der Prorogation der Parteien vorzugreifen.

3) Die Funktion des nach Abs. 1 bestellten Vertreters dauert so lange, bis der gesetzliche Vertreter eintritt.

4) Nach Abs. 2 steht es im Ermessen des Vorsitzenden, einen „solchen" Vertreter zu bestellen, wenn die nicht prozeßfähige Person im Gerichts-

stande des §. 21 verklagt werden soll. Auch hier aber ist Antrag des Klägers nothwendig, Bestellung ex officio ausgeschlossen.

5) Die Frage, wer verpflichtet sei, einer Bestellung nach §. 55 Folge zu leisten, welche Excusationsgründe zulässig seien, ist nach den Bestimmungen des Civilrechts zu beurtheilen.

Zweiter Titel.

Streitgenossenschaft.

Motive: „Treten mehr als zwei Personen in einem Prozesse als selbstständige Parteien auf, so liegt eine Verbindung mehrerer Prozesse zu Einem Verfahren vor. Die juristische Behandlung jedes einzelnen Prozesses wird durch die Vereinigung nicht verändert. Abgesehen von den äußeren Vortheilen der Abkürzung, Vereinfachung und Kostenersparung hat die Verbindung mehrerer Prozesse zu gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung den Vortheil, daß sie eine übereinstimmende Beurtheilung der den verbundenen Prozessen gemeinsamen oder gleichartigen Streitpunkte garantirt. Diese Sätze, das Ergebniß der neueren Untersuchungen über die subjektive Klagenkumulation und das Litiskonsortium (vergl. Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrechte S. 105 ff., 385 ff., Wetzell Ed. II S. 767 ff.), bilden die Grundlage und den Ausgangspunkt für die dem hannov. Entw. §§. 52, 53, 55 und dem nordd. Entw. §§. 91, 92, 94 entnommenen Bestimmungen der §§. 56—58 des Entwurfs. Der §. 59 enthält Modifikationen des in §. 58 ausgedrückten Prinzips, während der §. 60 eine Vorschrift über das Betreibungsrecht der Streitgenossen gibt."

§. 56.

Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen, oder wenn sie aus demselben thatsächlicheu und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind.

§. 57.

Mehrere Personen können auch dann als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleichartige und

auf einem im Wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden.

Motive: „In Uebereinstimmung mit Hannover §§. 33, 34, Baden §§. 99 ff., Württemberg Art. 86, 87, Bayern Art. 63, preuß. AGO. I. 1 §§. 35—37, preuß. Kab.-Ordre v. 7. März 1838, preuß. Entw. §§. 109, 110, 114 (Motive S. 32), sächs. Entw. §§. 308, 309 gestattet der Entwurf nicht nur im Falle der Gemeinsamkeit (§. 56), sondern auch im Falle der Gleichartigkeit der Streitpunkte (§. 57), daß mehrere Personen als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden können, da auch in dem letzteren Falle die prozessualische Möglichkeit einer ordnungsmäßigen Verhandlung der mehreren Ansprüche in demselben Verfahren gegeben und dem Gerichte durch das ihm unbeschränkt eingeräumte Trennungsrecht (§. 130) das Mittel gewährt ist, die Verbindung wieder aufzuheben, wenn sich herausstellt, daß dieselbe zu einer Verwirrung des Verfahrens führen muß, oder daß aus anderen Gründen der dadurch angestrebte Zweck nicht erreicht zu werden vermag.

„Bewogen durch die Zweckmäßkeitsgründe, welche für die Verbindung mehrerer Prozesse zu Einem Verfahren sprechen, ist der Entwurf nicht dabei stehen geblieben, diese Verbindung ausschließlich von dem Willen des oder der Klageberechtigten abhängig zu machen, er hat vielmehr dem Gerichte die Befugnisse ertheilt, unabhängig von dem Willen derselben mehrere bei ihm anhängige Prozesse verschiedener Parteien zu verbinden, wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können (§. 132). Außerdem hat der Entwurf durch die Vorschrift des §. 36 Nr. 3 die Herbeiführung der Verbindung in Fällen ermöglicht, in denen rücksichtlich der mehreren zu verklagenden Personen kein gemeinschaftlicher Gerichtsstand besteht, und durch die Bestimmung des §. 5 über die Zusammenrechnung mehrerer in einer Klage geltend gemachter Ansprüche den Vortheil geboten, amtsgerichtliche Sachen auch beim Mangel einer Prorogation zur Verhandlung und Entscheidung vor die Landgerichte zu bringen."

1) Unter „Personen" sind nicht blos die physischen Personen zu verstehen (vgl. oben zu §. 24).

2) Voraussetzung der Streitgenossenschaft nach §. 56 ist:

entweder Rechtsgemeinschaft der Streitgenossen in Ansehung des Streitgegenstandes

oder Berechtigung bezw. Verpflichtung derselben aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde. —

Was die erste Alternative — die Rechtsgemeinschaft — betrifft, so ist dieselbe in dinglichen, obligatorischen und erbschaftlichen Rechtsverhältnissen möglich. In dinglichen zwischen Mitbesitzern, Miteigenthümern, Mitusufruktuaren, Mitpfandgläubigern 2c.; in obligatorischen zwischen solidarischen Gläubigern und Schuldnern, Gläubigern und Schuldnern in einer untheilbaren Obligation; in erbschaftlichen zwischen Miterben, Collegataren.

Die zweite Alternative bezieht sich ausschließlich auf obligatorische Rechtsverhältnisse, gleichviel ob die Obligation einem Vertrag, Delikt, Quasicontrakt oder Quasidelikt entspringt. Die Obligation muß nicht nur die gleiche thatsächliche, sondern auch die gleiche rechtliche Grundlage haben; es würde daher z. B. die Streitgenossenschaft unzulässig sein, wenn der Depositar die bei ihm deponirte Sache eines Dritten doloser Weise beschädigte. Denn wenn auch hier aus der einen Thatsache der Beschädigung sich für den Deponenten die actio depositi directa, für den Dritten die actio legis Aquiliae ableiten läßt, so fehlt es doch an der Gemeinsamkeit des Rechtsgrundes für die Ansprüche beider. Beispiele der thatsächlichen und rechtlichen Gemeinsamkeit des Berechtigungs- oder Verpflichtungsgrundes sind: Ansprüche mehrerer Miterben oder gegen sie bei Theilbarkeit des Obligationsgegenstandes, Ansprüche mehrerer durch dasselbe Delikt Beschädigter aus dem Delikte als solchem; Ansprüche desselben negotiorum gestor gegen zwei Hauseigenthümer, deren Häuser jener durch Anbringen einer Stützung vor dem Einsturz bewahrt hat.

3) Der Paragraph 57 läßt die Streitgenossenschaft auch zu im Falle der Gleichartigkeit von Ansprüchen, welche auf einem im Wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhen.

Feste Anhaltspunkte zur Bestimmung der Grenzen für die unter diesen Paragraphen fallenden Ansprüche lassen sich bei der allgemeinen Fassung desselben kaum aufstellen. Nur Beispiele können angeführt werden, aus denen der Gedanke des Gesetzes anschaulich wird. So sind gleichartig die Klagen mehrerer Realberechtigter auf Zahlung der einzelnen Präſtationen aus den ihnen zustehenden Reallasten, deren Begründung aus dem Herkommen oder aus gleichzeitigen Verträgen abgeleitet wird; die Klagen mehrerer Käufer gegen denselben Verkäufer auf Erfüllung, wegen Eviktion, auf Preisminderung mehrerer Miether gegen den Vermiether auf Gebrauchsgewährung, mehrerer Versicherter gegen die Versicherungsgesellschaft auf Zahlung der Versicherungssumme, mehrerer Gläubiger eines insolventen Schuldners auf Anfechtung der von diesem fraudulos geschlossenen Rechtsgeschäfte (s. Lothar Seuffert a. a. O. §§. 56, 57 Nr. 4); ferner Klagen aus mehreren Wechseln gegen verschiedene Wechselschuldner oder von mehreren Wechselgläubigern gegen einen Wechselschuldner; Klagen eines Bür-

gen auf Ersatz seiner Auslagen gegen mehrere Hauptschuldner, die Klagen des Hauptintervenienten (§. 61); die Klagen der §§. 607 Abs. 3; 690 Abs. 2; 710 Abs. 3; 753 Abs. 2—4 der CPO. u. s. w. u. s. w. Im Einzelnen muß es dem richterlichen Ermessen überlassen werden, zu beurtheilen, ob mehrere geltend gemachte Ansprüche einander gleichartig sind oder nicht.

Der Begriff „Ansprüche" umfaßt sowohl die dinglichen wie die persönlichen. Es könnte daher eine Streitgenossenschaft auch auf den Umstand begründet werden, daß die Sachen zweier Eigenthümer von dem nämlichen Dritten vindizirt werden sollen und das Eigenthum etwa von beiden aus einer Erbfolge oder einer Schenkung oder Okkupation abgeleitet wird.

4) Möglich ist die Streitgenossenschaft unter den Voraussetzungen der §§. 56 und 57 auch in der Gestalt, daß sowohl auf der Kläger= als auf der Beklagtenseite eine Mehrheit von Parteien erscheint. Man denke z. B. die Vindikation zweier Miteigenthümer gegen zwei Mitbesitzer oder die Wechselklage zweier Remittenten gegen zwei Acceptanten.

5) Eine selbstverständliche Voraussetzung der gemeinschaftlichen Klage von Streitgenossen oder gegen solche besteht in der Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes für die mehreren Klagen. Denn keine gesetzliche Bestimmung verhindert den einzelnen Beklagten, dem einzelnen Kläger die Einrede der Inkompetenz entgegenzusetzen. Nur für den Fall des §. 36 Ziff. 3 ist die Streitgenossenschaft trotz Mangels der Zuständigkeit für alle Klagen ermöglicht. — Nicht gedeckt durch jene Vorschrift ist der Fall, wo mehrere Klagen nach §. 57 gleichartig sind, jedoch beide vor dem forum des §. 25 angestellt werden müssen, welches für beide verschieden ist. Hier bleibt die Möglichkeit der Streitgenossenschaft ausgeschlossen.

Daß sich die mehreren Klagen auch für dieselbe Prozeßart eignen müssen, ergibt sich aus der nach §. 56 wie §. 57 erforderlichen Gleichartigkeit der Ansprüche.

---

§. 58.

Streitgenossen stehen, soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzbuchs sich ein Anderes ergiebt, dem Gegner dergestalt als Einzelne gegenüber, daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vortheile noch zum Nachtheile gereichen.

§. 59.

Kann das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, oder ist die Streitgenossen=

schaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.

Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.

Motive: „Die Streitgenossen treten in Folge des Prozesses in kein besonderes Verhältniß zu einander; daß sie gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, ist ein Faktum, welches rechtliche Wirkungen unter ihnen nicht brgründet. Materiell sind ihre Interessen unabhängig von einander, so daß jeder Streitgenosse so beurtheilt werden muß, als ob er allein mit seinem Gegner im Prozesse befangen wäre (vgl. Wetzell Ed. II S. 791, 792; Planck l. c. S. 107). Was der einzelne Streitgenosse thut oder unterläßt — der Ausdruck „Handlungen" in §. 58 umfaßt seiner allgemeinen Bedeutung nach auch die Unterlassungen — gereicht dem anderen weder zum Vortheile, noch zum Nachtheile. Jeder Streitgenosse kann sich daher besonderer Angriffs- und Vertheidigungsmittel (vgl. §. 93 Abs. 3) bedienen, wie umgekehrt der Gegner besondere Angriffs- und Vertheidigungsmittel einzelnen Streitgenossen gegenüber geltend machen kann, ohne daß der Erfolg derselben auf den Ausfall des Prozesses für oder gegen die anderen Streitgenossen einwirkt. Insofern allerdings die Handlungen eines Streitgenossen auf die Feststellung der Thatsachen von Einfluß sind und insoweit diese Feststellung nicht an gesetzliche Regeln gebunden, sondern von der freien Ueberzeugung des Gerichts abhängig (§. 249) ist, bilden die betreffenden Handlungen einen Theil des Materials für die richterliche Ueberzeugung und werden daher mittelbar die Sache des anderen Streitgenossen beeinflussen können. Ueber den zugeschobenen und richterlichen Eid muß die Erörterung bis zur Besprechung der §§. 416 und 420 vorbehalten beiben.

„Einzelne Prozeßgesetze und Entwürfe verpflichten die Streitgenossen zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters (Hannover §. 33 Abs. 5, Oldenburg Art. 48, Bayern Art. 64 Abs. 3, hannov. Entw. §. 56, preuß. Entw. §. 113, §. 152, Baden §. 104, sächs. Entw. §. 310). Für das gemeine Recht ist die Verpflichtung zur Bestellung eines gemeinsamen Prozeßprokurators bestritten (vgl. Wetzell Ed. II S. 741), während die Bestellung eines gemeinsamen Insinuationsmandatars gefordert werden kann. Solche Bestimmungen sind allerdings für die Interessen der Gegenpartei, insbesondere für die Erleichterung der geschäftlichen Verbindung unter den Parteien, sowie für die Ordnung des Verfahrens von praktischer Bedeutung, sie sind indessen lebhaft bekämpft, weil sie den Grundsätzen des §. 58 wider-

sprechen und in einzelnen Fällen — namentlich, wenn das Gericht in Ermangelung einer Vereinbarung der Streitgenossen den Bevollmächtigten zu bestellen hat (Oldenburg Art. 48, hannov. Entw. §. 56 Abs. 2, Bayern Art. 64 Abs. 3) — zu Härten und Verwickelungen führen, auch die Parteirechte dadurch gefährden können, daß Streitgenossen genöthigt werden, ihre Vertretung einer nicht geeigneten Persönlichkeit zu überlassen. Der Entwurf hat aus den letzteren Gründen in Uebereinstimmung mit der württembergischen Prozeßordnung und dem norddeutschen Entwurf Abstand genommen, die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters oder Insinuationsmandatars vorzuschreiben.

„Von den neueren Deutschen Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen haben Hannover §. 372 (vgl. Meyer, Neues Magazin für hannoversches Recht IX S. 316—341), Bayern Art. 316—318 und der preuß. Entw. §§. 391—394 das sogen. Kontumazialverbindungsurtheil des französischen Rechts (Code de proc. Art. 153) aufgenommen. Dasselbe läßt sich dahin präzisiren:

Erscheint einer der Streitgenossen in dem ersten Verhandlungstermine nicht, so wird die Ladung erneuert. Bleibt er auch im zweiten Verhandlungstermine aus — oder erscheint er zwar, es versäumt aber einer der anderen Streitgenossen diesen Termin, so wird mit den erschienenen Streitgenossen verhandelt und auf Grund dieser Verhandlung durch dasselbe Urtheil rücksichtlich aller Streitgenossen entschieden. Das Urtheil hat zum Vortheile sowie zum Nachtheile der Nichterschienenen die Wirksamkeit eines kontradiktorischen Urtheils, so daß gegen dasselbe der Einspruch unzulässig ist.

„Wenngleich dieses Institut geeignet sein mag, den Erlaß widersprechender Urtheile gegen die mehreren Streitgenossen zu verhindern und wenngleich auch vielfach bezeugt wird, daß dasselbe sich als zweckmäßig bewährt habe, so mußte sich doch der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem hannoverschen und dem norddeutschen Entwurf (vgl. hannov. Prot. V S. 1742—1752, XV S. 5559, 5560, XVI S. 6292—6296, nordd. Prot. II 630, 631, 638) gegen die Aufnahme des Verbindungsurtheils entscheiden. Denn dasselbe steht mit dem Grundsatze des §. 58 in Widerspruch, greift in bedenklicher Weise in das bürgerliche Recht ein, führt dahin, den nicht erschienenen Streitgenossen einen Vertreter aufzudrängen und sie im Falle der Verurtheilung mit einer Quote der erfolglos gebliebenen Vertheidigungskosten auch dann zu belasten, wenn sie nicht erschienen waren, weil sie sich nicht vertheidigen, sondern sich kontumaziren lassen wollten, und entzieht in amtsgerichtlichen Sachen dem Kläger den wichtigen prozessualischen Vortheil, pro rata seines Anspruchs gegen die nicht erschienenen Streitgenossen sofort ein vorläufig vollstreckbares Urtheil (§. 601 Nr. 1) zu erlangen. Ueberdies

ist ein besonderer Nachtheil — ein scandale judiciaire, si propre à infirmer la confiance, qu'il est nécessaire d'imprimer aux décisions des tribunaux, wie Boitard et Colmet-Daage, Leçons de procédure civile (Ed. XI, I S. 287) behaupten — von der Erlassung verschieden lautender Urtheile nicht zu besorgen, da auch beim Erscheinen aller Streitgenossen in Folge der den einzelnen zustehenden verschiedenen Vertheidigungsmittel ganz von einander abweichende Entscheidungen ergehen können, ganz abgesehen davon, daß eine gleiche Verschiedenartigkeit möglich ist, wenn gegen das Urtheil erster Instanz nicht von allen Streitgenossen das Rechtsmittel der Berufung oder der Revision eingelegt wird. Es hat daher nach dem Entwurfe in konsequenter Durchführung des in §. 58 ausgesprochenen Grundsatzes die Versäumung eines Streitgenossen für diesen dieselben Folgen, wie wenn er allein geklagt hätte oder verklagt worden wäre, so daß rücksichtlich desselben die Vorschriften der §§. 285 ff. zur Anwendung kommen, während rücksichtlich der erschienenen Streitgenossen die Verhandlung und die Entscheidung kontradiktorisch erfolgen.

„Der §. 58 kommt nicht zur Geltung, soweit aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzbuchs sich ein Anderes ergiebt. Derartige Ausnahmen hat der Entwurf für den Fall der Versäumung und des zugeschobenen Eides in den §§. 59 und 416 aufgestellt, Ausnahmen, welche eintreten, wenn

1) das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann oder wenn
2) die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige ist.

„Beiden Voraussetzungen ist gemeinsam, daß sie dem bürgerlichen Rechte zu entnehmen sind. Während die letztere die Fälle umfaßt, in denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine Klage gemeinschaftlich von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben ist (die Fälle der sogen. exceptio plurium litisconsortium), ist bei der ersteren zunächst an Fälle gedacht, in denen mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, obgleich jedem Einzelnen die Vertretung rücksichtlich des streitigen Rechtsverhältnisses in solidum zusteht. Ein Beispiel gewähren die Bestimmungen des römischen Rechts, nach denen „die Untheilbarkeit der Prädialservituten jeden Miteigenthümer als solidarischen Vertreter des herrschenden sowohl als des dienenden Grundstücks erscheinen läßt", so daß jeder Miteigenthümer konfessorisch oder negatorisch klagen und verklagt werden kann und das erlassene Urtheil für und gegen sämmtliche Miteigenthümer volle Wirksamkeit hat — sententia praedio datur — (vgl. v. Savigny System VI S. 479—481, Wetzell Ed. II S. 522, theilweise anderer Meinung Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 3. Aufl. Bd. I S. 363,

364). Klagen daher sämmtliche condomini oder werden sie sämmtlich verklagt, so ist für und gegen dieselben nur ein übereinstimmendes Urtheil möglich: das Grundstück kann pro parte indivisa nicht servitutfrei, und pro parte indivisa nicht mit einer Sevitut belastet sein. Außer der Untheilbarkeit des streitigen Rechtsverhältnisses kann hierher auch die Untheilbarkeit des Streitgegenstandes gehören — je nach der Auffassung, welche eine derartige Untheilbarkeit in den bürgerlichen Rechten gefunden hat. Ob und inwieweit die offene Handelsgesellschaft hieher gerechnet werden kann (vgl. Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 111, 114, 117), wie in den Debatten der norddeutschen Kommission behauptet worden, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls werden die Verhältnisse des Miteigenthums und des Miterbrechts in dem Geltungsgebiete des preuß. ALR. nach der die Praxis bestimmenden Auffassung des Obertribunals mit ergriffen (norbb. Prot. II 637—39, 795, 796, III 1270), wenn sie nicht der zweiten Kategorie, den Fällen der exceptio plurium litisconsortium beizuzählen sind.

„In den bezeichneten Fällen muß im Interesse des bürgerlichen Rechts, durch welches das in judicium geführte Rechtsverhältniß beherrscht wird, eine prozessualische Verbindung der mehreren Streitgenossen mit Nothwendigkeit eintreten, damit nicht durch widersprechende Urtheile über dieses Rechtsverhältniß unlösbare Verwickelungen herbeigeführt werden. Der §. 59 schreibt deshalb in Uebereinstimmung mit dem nordd. Entw. §. 95 vor, daß in solchen Fällen, wenn ein Termin oder eine Frist von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen werden. Aus dieser Vorschrift folgt namentlich, daß in dem Termine, in welchem ein Streitgenosse nicht erscheint, die Verhandlung mit dem Erschienenen stattfindet, daß gegen den Nichterschienenen ein Versäumnißurtheil nicht erlassen wird, daß das Urtheil, welches auf Grund der Verhandlung mit dem erschienenen Streitgenossen ergeht, gleichviel ob dessen Anführungen dem Nichterschienenen günstig oder nachtheilig sind, stets auch für den letzteren ein kontradiktorisches Urtheil ist. Diese nothwendige Verbindung gilt nicht nur für den ersten Termin, welcher zur mündlichen Verhandlung zur Hauptsache bestimmt ist, sondern für die ganze Dauer des Rechtsstreits; sie tritt ein, sobald der Fall der Versäumung vorliegt, und währt bis dahin, daß der säumige Streitgenosse sich an dem späteren Verfahren wieder betheiligt. Diese Betheiligung ist ihm jederzeit gestattet und er ist zu neuen Terminen zu laden, für welche es überhaupt einer besonderen Ladung der Partei, beziehungsweise nach §. 60 einer Ladung der anderen Streitgenossen bedarf. Daß auf den säumigen Streitgenossen die §§. 153, 154 Anwendung finden, bedurfte nicht besonderer Hervorhebung.

„Weitere Schwierigkeiten entstehen, wenn sich die Erklärungen der

Streitgenossen widersprechen, wenn z. B. der eine Streitgenosse gesteht, der andere dagegen leugnet; Schwierigkeiten, welche sich noch steigern, wenn es sich um das Beweismittel des Eides handelt. Der Entwurf hat, wie bereits bemerkt, den letzteren Fall in §. 416 geregelt, während er eine solche Regelung in dem ersteren Falle nicht für erforderlich erachtete. Die konsequente Durchführung der den Entwurf beherrschenden Prinzipien fordert, daß die nur von einzelnen Streitgenossen eingeräumte Thatsache als bestritten gelte [1]; bei der Beurtheilung der Frage aber, ob diese bestrittene Thatsache als bewiesen anzunehmen sei, es der freien Würdigung des Gerichts unterliegen muß, welches Gewicht auf das Geständniß einzelner Streitgenossen zu legen ist (nordd. Prot. II S. 1040)."

1) Der §. 58 stellt für die rechtliche Beurtheilung der Streitgenossenschaft, sei es der aktiven oder passiven, ein Prinzip auf, welches die Unabhängigkeit der Streitgenossen von einander proklamirt. Von diesem Prinzip werden aber als Ausnahmen zugelassen:

a) Die Fälle der Streitgenossenschaft, in welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes die Abhängigkeit der Streitgenossen von einander besteht. Diese Abhängigkeit liegt überall da vor, wo die Rechtskraft der Entscheidung auch auf Personen wirkt, welche an dem Prozesse selbst nicht Theil genommen haben (vgl. §. 66). Der Umfang dieser Fälle ist gemeinrechtlich bestritten. (Vgl. Windscheid, Pand. §. 132; Seuffert, prakt. Pand.-Recht §. 296 Note 2 der 4. Aufl.) Wo in solchen Fällen die Personen, für und gegen welche das rechtskräftige Urtheil unter allen Umständen wirkt, als Streitgenossen auftreten, da kann nicht mehr gesagt werden, daß sie dem Gegner selbstständig gegenüber stehen (s. Nr. 2).

b) Die Fälle, für welche die Civilprozeßordnung selbst die Abhängigkeit der Streitgenossen ausspricht. Diese sind allgemein bezeichnet in §. 59. (Vgl. §. 607 Abs. 3; hiezu noch §. 391 und §. 434.)

2) In §. 59 wird das Prinzip des §. 58 mit Rücksicht auf die Versäumung von Terminen oder Fristen durchbrochen für zwei Klassen der Streitgenossenschaft:

a) wenn das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann;

b) wenn die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige ist.

Beide Voraussetzungen sollen nach den Motiven dem bürgerlichen Rechte entnommen werden. Was zunächst die erste dieser Voraussetzungen angeht, so wirft sich vor Allem die Frage auf, ob es civilrechtlich Fälle gibt, in

[1]) Vgl. dagegen unten S. 214 f.

welchen das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, d. h. doch: für welche die Nothwendigkeit einheitlicher Feststellung gegenüber allen Streitgenossen besteht. Eine solche Nothwendigkeit ist nur da anzunehmen, wo die Existenz widersprechender Urtheile logisch unmöglich ist. In der That sind dem Gemeinen Rechte und den Partikularrechten solche Rechtsverhältnisse in dem Miteigenthum an einem praedium dominans und an einem praedium serviens bekannt. Hier wirkt die res judicata gegen und für einen Miteigenthümer gegen und für Alle. Das Bedenken Windscheid's (Pd. §. 132 Anm. 5) läßt sich m. E. durch den Hinweis darauf beseitigen, daß der Miteigenthümer zu einseitigen Dispositionen bezüglich der Servitut auch innerhalb des Prozesses nicht legitimirt ist. Wenn nun auch in solchen Fällen von einer wahren Klagenhäufung nicht gesprochen werden kann, weil es sich nicht um mehrere selbstständige Rechte handelt, welche zur Anerkennung gebracht werden sollen, sondern um die Existenz oder Nichtexistenz eines einzigen und untheilbareu Rechtsverhältnisses, so ist doch formell eine Mehrheit von Prozeßsubjekten durch Klage der mehreren Miteigenthümer oder gegen sie, also eine Streitgenossenschaft im Sinne des §. 56 möglich, und für sie kommt §. 59 zur Anwendung. Dagegen werden andere Fälle der nothwendig einheitlichen Feststellung von Rechtsverhältnissen nicht nachzuweisen sein. Es scheint mir überzeugend, was hierüber Wach, der Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung (von 1871) zu §. 58 (= §. 59 des Entwurfs von 1872, 1874 und des Gesetzes) ausführt:

„Denken wir als Gegenstand der mehreren gleichzeitigen Prozesse korreale oder solidarische Obligationen, denken wir an die Obligation mehrerer Miterben mit untheilbarer Leistung, immer ergeben die mehrfachen persönlichen Beziehungen gesonderte Streitsachen, für welche verschiedene, einander widersprechende gleichzeitige Urtheile logisch und juristisch gedacht werden können. Die Berechtigung des Einzelnen, für seine Person sich dem gegnerischen Anspruch zu unterwerfen, resp. den Gegner für seine Person einer Verpflichtung zu entbinden, ohne das etwa vorhandene einheitliche Rechtsverhältniß in seinem Bestand zu beeinflussen, ist eine unbeschränkte. Daher kann es nicht zweifelhaft sein, daß eine einheitliche Feststellung des korrealischen oder solidarischen Obligationsverhältnisses, sowie der mehreren Obligationen mit untheilbarem Gegenstand nie nothwendig ist. Es bedarf nicht des Eingehens in die viel bebattirten Fragen über die Rechtskraft des Erkenntnisses bei derartigen Rechtsverhältnissen, um die Wahrheit dieses Satzes zu begreifen. Es wird gänzlich unantastbar sein, daß die Voraussetzungen und die Disposition des §. 58 des Entwurfs (= §. 59 des Gesetzes) für die angegebenen obligatorischen Rechtsverhältnisse unzutreffend

sind" (s. Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 14. Band S. 347; hiezu noch S. 348).

Man hat also den Satz des §. 58: „soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes sich ein Anderes ergibt" und die Bestimmung des §. 59 unter der Voraussetzung sub a scharf auseinanderzuhalten und darf nicht — mit Lothar Seuffert, Commentar §. 59 Nr. 1 S. 59 — den Schluß für gerechtfertigt halten: „daß in denjenigen Fällen, in welchen ein in dem Prozesse zwischen A und B erlassenes Urtheil selbst gegen den am Prozesse nicht betheiligten C wirkt, das Rechtsverhältniß nur einheitlich festgestellt werden kann, wenn C als Streitgenosse des A oder B sich am Prozesse betheiligt." In solchen Fällen steht nur soviel fest, daß das Prinzip des §. 58 keine Anwendung findet; daß die Dispositive des §. 59 anwendbar sei, wird nirgends gesagt. Ein Beispiel wird zur Veranschaulichung genügen:

A und C klagen als Correalgläubiger gegen B. Dieser vertheidigt sich mit der Einrede der Zahlung an A. Gesteht A die Zahlung zu, so verliert C mit ihm den Prozeß, m. a. W. das bürgerliche Recht gewährt der prozessualen Handlung des einen Streitgenossen Einfluß auf die rechtliche Lage des anderen.

In diesem Beispiele liegt ein Anwendungsfall des §. 58 vor, während die erste Voraussetzung des §. 59 (a) nicht gegeben ist. Denn es ist sehr wohl möglich, daß B mit der exceptio pacti de non petendo personalis gegen A den Prozeß gewinnt, gegen C denselben verliert.

Aus diesem Grunde kann auch die Stellvertretung des §. 59 in diesem Falle nicht zugelassen werden.

Wenn die Motive für die erste Voraussetzung des §. 59 die Untheilbarkeit der Prädialservituten als „ein Beispiel" anführen, so darf dieß aus den angeführten Gründen nicht zu der Anschauung verleiten, als gäbe es weitere Beispiele noch außerhalb des Kreises der Servituten und der diesen analogen Rechtsinstitute.

Insbesondere muß die in den Motiven aufgeworfene, aber nicht entschiedene Frage, ob die offene Handelsgesellschaft hieher gerechnet werden könne, verneint werden. Denn entweder erscheint die Handelsgesellschaft unter ihrer Firma als Partei; dann kann von einer Mehrheit klägerischer oder beklagter Personen nicht die Rede sein, ob man die Handelsgesellschaft für eine juristische Person des Civilrechts hält oder nicht. Oder es richtet sich die Klage gegen einzelne Gesellschafter auf Grund ihrer solidarischen Haftung nach Art. 112 des HGB., in welchem Falle das bereits über die solidarischen Obligationsverhältnisse Bemerkte Geltung hat. —

Die zweite Voraussetzung des §. 59 (sub b) umfaßt, wie die Motive

sagen, die Fälle der exceptio plurium litisconsortium. (Ueber das Wesen dieser Exzeption vgl. Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 394 ff. Wetzell, System des Civilprozesses §. 63 zu Note 32 ff.). Daß man unter dieser exceptio nicht ein Rechtsmittel zu verstehen habe, durch welches die Betheiligung mehrerer auf der Kläger= oder Beklagtenseite erzwungen werden könne, ist als ausgemacht zu erachten. Dagegen ist bestritten, ob — von einigen Ausnahmsfällen abgesehen (Wetzell a. a. O. Nr. 1 u. 2) — das Verhältniß der Mitberechtigung und Mitverpflichtung bei Untheilbarkeit des Leistungsobjektes jene exceptio als dilatorische Einrede in der Art begründe, daß:

α) im Falle der Mitberechtigung der Beklagte dem einzelnen Kläger die Legitimation zur Sache bestreitet,

β) im Falle der Mitverpflichtung der einzelne Beklagte die Klage dadurch elidiren könne, daß er behauptet, nur in Gemeinschaft mit Anderen, nicht allein zur Erfüllung verpflichtet bezw. in der Lage zu sein.

Für diese Funktion der sog. exc. pl. l. c. erklärt sich Planck a. a. O., während Wetzell (a. a. O.) die Zulässigkeit derselben leugnet und vielmehr von dem Gedanken ausgeht, daß auch bei einer Mitverpflichtung bezw. Mitberechtigung auf ein untheilbares Objekt jeder Einzelne in solidum klagen resp. belangt werden könne und daß es Sache der Liquidation bezw. der Caution und des Regresses sei, die hierin liegende scheinbare Unbilligkeit auszugleichen.

Es kann hier nicht der Ort sein, diese civilrechtliche Controverse eingehender zu erörtern; doch scheint mir nothwendig, anzuerkennen, daß überall da, wo die untheilbare Leistung als solche in der Klage begehrt wird, der Beklagte dem einzelnen Kläger bezw. der einzelne Beklagte dem Kläger die sub α und β bezeichneten Einreden wirksam entgegensetzen kann.

Wenn beispielsweise (31 §. 5 D. de aedilicio edicto 21, 1) der Käufer einer fehlerhaften Sache mehrere Erben hinterläßt und einer derselben die actio redhibitoria anstellen wollte, so würde der Beklagte mit Recht einwenden, daß hierüber der Einzelne nicht disponiren könne, da die Pflicht zur Zurücknahme sich auf die gekaufte Sache als Ganzes bezieht, nicht aber eine Pflicht besteht, soviel Theile der Sache zurückzunehmen, als Erben vorhanden sind. (Vgl. noch 31 §. 10 cit.; 2 §. 1; 85 §. 4; 128 D. de verb. obl. 45, 1. Seuffert, Archiv XII, 139.)

Umgekehrt würde jeder Einzelne von den Erben Desjenigen, der die Bestellung einer Prädialservitut versprochen hatte, dem Kläger, der von ihm das facere der Bestellung der Servitut begehrt, mit Erfolg entgegenhalten können, er sei hiezu weder im Stande, noch verpflichtet, seine Verpflichtung

gehe lediglich dahin, im Vereine mit den übrigen Erben die Servitut zu bestellen. (Anders, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung in Frage steht und das Interesse zu leisten ist. Cf. 25 §. 10, 11 D. fam. erc. 10, 2; 2 §. 2 D. verb. obl. 45, 1 und 72 pr. D. eod. Hiezu Arndts, Pand. §. 216 Anm. 2 und die dort. Citt.)

3) Aus der bisherigen Darstellung ergibt sich:

a) die Fälle, in welchen das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, begründen keine Nothwendigkeit der Streitgenossenschaft;

b) die nothwendige Streitgenossenschaft ist so zu denken, daß eine untheilbare Leistung als solche und als Ganzes nur von der Gesammtheit der Mitverpflichteten erfüllt werden kann.

Nun scheint aber dem unter a bezeichneten Ergebnisse die Fassung des §. 59 Abs. 1 zu widersprechen, da die aus einem sonstigen Grunde nothwendige Streitgenossenschaft jener gegenübergestellt wird, wo sich das Rechtsverhältniß nur einheitlich feststellen läßt. Man sollte demgemäß meinen, auch in der letzteren erblicke das Gesetz den Fall einer nothwendigen Streitgenossenschaft, allein da es eine nothwendige Streitgenossenschaft nur in dem sub b festgestellten Sinne geben kann, so erscheint diese Annahme unmöglich. Die Fassung des §. 59 Abs. 1 muß daher als ungenau erachtet werden.

4) Als partikularrechtliche Besonderheiten, welche auf die Lehre von der Streitgenossenschaft von Einfluß sind, verdienen hervorgehoben zu werden:

Preußisches Landrecht Theil I Tit. 5 §. 450: „Hat sich Jemand in einem Vertrage mehreren Personen zu einer Sache oder Leistung verpflichtet, so können die Mitberechtigten das gemeinschaftliche Recht in der Regel nur gemeinschaftlich ausüben."

Theil I Tit. 17 §. 151: „Auch die zur Erbschaft gehörenden Aktivforderungen können die Erben, so lange sie im Miteigenthum stehen, nur gemeinschaftlich einziehen."

Code civil Art. 1668—1670: „Si plusieurs ont vendu conjointement et par un seul contrat un héritage commun entre eux, chacun ne peut exercer l'action en réméré, que pour la part qu'il y avait" (1668).

„Il en est de même, si celui qui a vendu seul un héritage a laissé plusieurs héritiers. — Chacun de ces cohéritiers ne peut user de la faculté de rachat que pour la part qu'il prend da la succession" (1669).

„Mais, dans le cas des deux articles précédens, l'acquéreur peut exiger que tous les covendeurs ou tous les cohéritiers soient mis en cause, afin de se concilier entre eux pour la reprise de l'héritage

entier; et s'ils ne se concilient pas, il sera renvoyé de la demande" (1670).

5) Wo die eine oder die andere der Voraussetzungen des §. 59 gegeben ist, da sind bei Versäumung von Terminen oder Fristen durch einzelne Streitgenossen die nichtsäumigen nothwendige Vertreter der säumigen, worüber im Einzelnen auf die Motive verwiesen werden kann.

Ein Versäumungsurtheil ist daher in solchen Fällen der Streitgenossenschaft nur dann möglich, wenn sämmtliche Streitgenossen nicht erscheinen. Nach §. 59 Abs. 2 liegt sowohl dem Gegner als den fleißigen Streitgenossen die Zuziehung des säumigen Streitgenossen zu allen nach der Säumniß sich ergebenden Akten des Verfahrens ob.

Auch §. 132 der CPO. kann auf den säumigen Streitgenossen in den Fällen des §. 59 Anwendung finden.

6) Regelmäßig sind die Streitgenossen nicht verbunden, einen gemeinschaftlichen Prozeßbevollmächtigten aufzustellen. Doch steht dem Gerichte die Befugniß zu, nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob die Bestellung mehrerer Prozeßbevollmächtigter zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war, wenn der Gegner der Streitgenossen die Prozeßkosten zu ersetzen hat. (§. 87 Abs. 1. Vgl. hiezu die Motive zu §. 85 des Entw. Off. Ausgabe S. 112, Kortkampf'scher Abdruck S. 436.) Siehe jedoch Art. 195 Abs. 1 u. 226 des HGB., §. 29 Abs. 2 des Genossenschaftsges. v. 4. Juli 1868 u. §. 13 des EG. zur CPO.

---

§. 60.

Das Recht zur Betreibung des Prozesses steht jedem Streitgenossen zu; er muß, wenn er den Gegner zu einem Termine ladet, auch die übrigen Streitgenossen laden.

Motive: „Der für alle Fälle der Streitgenossenschaft anwendbare, dem preuß. Entw. §. 236 und dem nordd. Entw. §. 417 konforme §. 60 enthält neben der Bestimmung, daß das Recht zur Betreibung des Prozesses jedem einzelnen Streitgenossen zusteht, eine Vorschrift über das Verfahren, welches der einzelne Streitgenosse zu beobachten hat, wenn er allein den Prozeß betreiben will. Er muß, wenn er den Gegner zu einem Termine ladet, auch die auf seiner Seite stehenden übrigen Streitgenossen laden; diese Vorschrift erscheint gerechtfertigt, weil der gemeinsam begonnene Prozeß, soweit thunlich, bis zum Ende gemeinsam fortgesetzt werden soll."

1) Die Betreibung des Prozesses ist die Vornahme aller jener pro-

zessualen Handlungen, welche die Fortführung des begonnenen Prozesses durch die einzelnen Stadien des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Endurtheil bezwecken und bewirken. Diese Betreibung liegt, wie schon in der Einleitung (s. oben S. 16) hervorgehoben ist, nur zum Theil in den Händen der Parteien. Es bedarf nicht der Erwähnung, daß der Streitgenosse nur das Betreibungsrecht der Partei hat, welches in Zustellungen und Ladungen sich äußert. Nur die letzteren haben auch an die übrigen Streitgenossen zu geschehen. Die Zustellung als solche — z. B. die eines Urtheils — geschieht daher nur an den Gegner.

2) Das Recht zur Betreibung des Prozesses steht jedem Streitgenossen nur in Verbindung mit der Pflicht zu, welche der zweite Satz des Paragraphen ihm auflegt. Die Nichterfüllung dieser Pflicht nimmt ihm auch das Recht; denn er hat es nur so, daß er die Ladungen auch den anderen Streitgenossen zugehen läßt. So oft daher ein Streitgenosse den Prozeß durch Ladung betreibt, gehört der Ladungsnachweis in Ansehung der anderen Streitgenossen zum Nachweise seines einseitigen Betriebsrechtes. Er darf vom Gerichte nur auf Grund dieses Nachweises als betreibende Partei betrachtet werden; es fehlt ihm ohne diesen gewissermaßen die Fähigkeit, als Streitgenosse vor Gericht zu stehen. Erbringt er den Nachweis nicht, so kann auf seine Ladung hin nicht verhandelt, insbesondere auch kein Versäumnißurtheil gegen den nicht erschienenen Gegner erwirkt werden (§. 300 Ziff. 1); würde nichtsdestoweniger verhandelt und entschieden, so wäre, wenn nicht auf dem Wege der Berufung Abhülfe geschähe, Revision begründet.

3) Die Pflicht zur Ladung der Streitgenossen hört mit dem Schluß des Verfahrens in erster Instanz nicht auf. Das Gegentheil wird nicht durch die Behauptung begründet, daß die Streitgenossen der Vorinstanz nicht als solche schon Streitgenossen der Rechtsmittelinstanz seien (Lothar Seuffert a. a. O. §. 60). Vor Allem muß nämlich festgehalten werden, daß eine Streitgenossenschaft nach §. 56 entstehen kann nur unter mehreren Klägern oder unter mehreren Beklagten, d. h. nur im Verfahren erster Instanz. Ist sie einmal entstanden, so muß sie als fortbestehend erachtet werden, bis ein Umstand eintritt, der sie aufhebt. Als ein solcher erscheint nicht die Erlassung des Endurtheis erster Instanz. Vielmehr gestaltet sich nach diesem Zeitpunkte das Verfahren in folgender Weise:

a) Wenn eine einfache Streitgenossenschaft vorliegt d. h. eine solche, für die das Prinzip des §. 58 gilt, so ist der Streitgenosse, welcher die Berufung ergreift, verpflichtet, die Ladung zur mündlichen Verhandlung über die Berufung (§. 479 Ziff. 3) auch den anderen Streitgenossen zugehen zu lassen. Diesen steht es frei, ihrerseits die Berufung zu erheben und in die weiteren Verhandlungen einzutreten, wobei die Trennungs- und bezw. Ver-

bindungsbefugniß des Gerichts (§§. 136, 138) wie in erster Instanz Platz greift (§. 485). Unterlassen es die anderen Streitgenossen, die Berufung zu erheben, so wird die Ladung seitens des einen Streitgenossen gegenstandslos und das Urtheil erlangt für die anderen Streitgenossen die Rechtskraft.

b) Ist die Streitgenossenschaft eine solche, daß sie unter die Vorschriften des §. 59 Abs. 1 fällt, so gilt die von einem Streitgenossen erhobene Berufung auch für die übrigen, wenn sie ihrerseits die Berufungsfrist versäumt haben. Ebenso werden sie im Laufe des Berufungsverfahrens als von jenem vertreten angesehen, so oft sie eine Frist oder einen Termin versäumen.

Was von der Berufung gilt, findet analoge Anwendung auf die Revision (§. 515 Ziff. 3).

4) Zu §. 60 erhebt sich die Frage, wie es mit der Kostenzahlungspflicht der Streitgenossen zu halten sei, wenn der eine sich in den Prozeß eingelassen habe, der andere nicht. Eine von dem Abg. Pfafferott in der Reichstagskommission an die Regierung gestellte dießbezügliche Interpellation wurde von dem Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg dahin beantwortet, „daß dieß eine quaestio facti sei, die nicht a priori entschieden werden könne. Es werde darauf ankommen, ob die allgemeinen Grundsätze oder die Vorschriften des §. 59 in Anwendung zu kommen hätten" (Komm.-Prot. S. 25).

Diese Entscheidung der Frage ist vollkommen konsequent. Denn wo das Prinzip des §. 58 zur Anwendung kommt, besteht eine Gemeinschaft zwischen den Streitgenossen überhaupt nicht; in den Fällen des §. 59 dagegen sind die Kosten, welche auf die Rechtsverfolgung oder Vertheidigung des einen Streitgenossen erwachsen, zum Theil dem säumigen Streitgenossen zu Lasten zu rechnen, da der Nichtsäumige sein nothwendiger Vertreter ist.

Dem obsiegenden Gegner haften mehrere Streitgenossen für die Kostenerstattung prinzipiell nach Kopftheilen (§. 95 Abs. 2). Hat aber ein Streitgenosse ein besonderes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend gemacht, so sind die übrigen Streitgenossen für die durch dasselbe dem Gegner veranlaßten Kosten nicht verhaftet (§. 95 Abs. 3).

5) Hat das Gericht Trennung der Verhandlungen verfügt (§. 136), so finden §. 60 sowie die übrigen Bestimmungen über Streitgenossenschaft selbstverständlich keine Anwendung, da mit dem Trennungsbeschluß die Streitgenossenschaft aufgehoben ist.

Dritter Titel.

Betheiligung Dritter am Rechtsstreite.

Unter dieser Rubrik umfaßt der dritte Titel die Normen über

1) die Hauptintervention (§§. 61, 62);
2) die Nebenintervention (§§. 63–68);
3) die Streitverkündung (§§. 69—72);
4) die Benennung des rechten Besitzers (§. 73).

Andere Fälle, in welchen sich dritte Personen entweder aus eigenem Rechte oder Interesse an einem anhängigen Prozesse betheiligen könnten, kennt das Gesetz nicht (s. Motive zur Rubrik des dritten Titels. Offizielle Ausgabe S. 84. Kortkampf'scher Abdruck S. 424). Insbesondere sind dem Gesetze unbekannt die Institute der sogenannten Gewährschafts- oder Garantieklage und der Beiladung, wie sie im französischen und bayerischen Civilprozeß bestehen. Code de procédure civile art. 175 ff.; bayr. CPO. Art. 69—76. Hiezu die Motive zur CPO. Offizielle Ausgabe S. 93—96. Kortkampf'scher Abdruck S. 428, 429, ferner die Kommissionsprotokolle S. 17—29, aus welchen sich die Ablehnung eines Antrags des Abg. Reichensperger, die Garantieklage mit der Modifikation des Art. 71 Abs. 1 der bayr. CPO. in das Gesetz aufzunehmen, ergibt.

Was insbesondere die Beiladung betrifft, so findet dieselbe ihr Hauptanwendungsgebiet in den Fällen der sogen. exceptio plurium litis consortium. Wo dieselbe nicht zum Ziele führen könnte (Mehrheit von Mitberechtigten), würde im deutschen Prozeßverfahren nur auf die Streitverkündung rekurrirt werden können, soweit deren Voraussetzungen erfüllt sind. Die einzelnen Fälle, in welchen außer der Streitverkündung und Benennung des rechten Besitzers die Ladung eines Dritten zur Theilnahme am Rechtsstreite im Gesetze vorgesehen ist (§§. 753 Abs. 3; 122), stehen nicht unter einem gemeinsamen Gesichtspunkt.

---

§. 61.

Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits berechtigt, seinen Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei demjenigen Gerichte geltend zu machen, vor welchem der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig wurde.

§. 62.

Der Hauptprozeß kann auf Antrag einer Partei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention ausgesetzt werden.

Motive: „Das Institut der Hauptintervention ist aus dem Bedürfnisse der Praxis hervorgegangen und trotz theoretischer Angriffe gegen seine Berechtigung — vgl. Renaud, Civilprozeß §. 153 S. 408 — im gemeinrechtlichen Prozesse anerkannt (Wetzell Ed. II §. 64) und geltendes deutsches Prozeßrecht, einschließlich des preußischen Prozesses, AGO. I 18, und des französischen Rechtsgebiets. In dem französischen Rechte tritt die Hauptintervention nicht als selbstständiges Institut, sondern als ein Fall der Intervention (Code de proc. Art. 339 bis 341, Carré et Chauveau Adolphe, Lois de la procédure civile et administrative 4. Ed. III pag. 201) und der — von dem belgischen Entwurf beseitigten — tierce opposition (Code de proc. Art. 466, 474—479) auf. Die neuen deutschen Prozeßgesetzgebungsarbeiten haben die Hauptintervention aufrechterhalten, und auch der revidirte österreichische Entwurf für die nicht zur ungarischen Krone gehörigen Länder von 1867 hat §§. 67—69 das Institut aufgenommen, während es der Entwurf von 1866 übergangen hatte.

„Der Entwurf hat sich ebenfalls für Beibehaltung der Hauptintervention entschieden. Dieselbe kann zu einer Minderung der Prozesse und zur Vermeidung widersprechender Urtheile führen; sie dient ferner als ein geeignetes Mittel, berechtigte Interessen in wirksamster Weise zu sichern. Solchen praktischen Vortheilen gegenüber verlieren theoretische Bedenken die ihnen beigelegte Bedeutung. Demgemäß wird in Anschluß an das gemeine Prozeßrecht dem Hauptintervenienten, welcher nach allgemeinen Grundsätzen nur gegen eine der streitenden Parteien zur Erhebung der Klage berechtigt ist, die Befugniß eingeräumt, seinen Anspruch auf den Streitgegenstand gegen beide Parteien als Streitgenossen in einer Klage geltend zu machen. Dies gewährt ihm, im Falle er obsiegt, ein gegen beide Theile wirksames und je nach dem Gegenstande des Rechtsstreits auch gegen beide Theile vollstreckbares Urtheil. Außerdem ist es in Abänderung der allgemeinen Kompetenzvorschriften aus Rücksicht auf den materiellen Zusammenhang der Sachen gestattet, die Klage bei dem Gerichte des Hauptprozesses zu erheben.

„Die Hauptintervention ist zulässig, wenn Jemand die Sache oder das Recht, worüber . wischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt. Sie findet Anwendung auf Ansprüche, welche mittelst einer dinglichen Klage oder mittelst

einer persönlichen Klage geltend zu machen sind, und ist nicht nur in Prozessen, in denen körperliche Sachen — species oder universitas — den Streitgegenstand bilden, sondern auch in Prozessen über Forderungen zulässig. Letzterer Fall war auf der hannoverschen Prozeßkonferenz — Protokolle S. 4888 ff. — streitig, ist aber im hannov. Entw. §. 57 zu Gunsten der Forderungen entschieden.

„Der Entwurf gibt über die prozessuale Behandlung dieser Klage außer der Bestimmung des §. 76, daß die Vollmacht für den Hauptprozeß die Vollmacht für eine Hauptintervention umfaßt, keine besonderen Vorschriften.

„Abweichend von Hannover §. 35, Baden §. 107, Württemberg Art. 91, ist die Zulässigkeit der Hauptintervention nicht von der Bescheinigung des Anspruchs abhängig gemacht. Auch kann der Hauptintervenient nach Vorschrift der §§. 741 ff. zur Sicherung seines Anspruchs einen Arrest auf den Streitgegenstand erwirken und nach §. 62 die Aussetzung des Hauptprozesses bis zur Entscheidung über die Hauptintervention beantragen. Ein solcher Antrag steht beiden Parteien zu, auch kann nach §. 133 das Gericht die Aussetzung des Hauptprozesses von Amtswegen anordnen. Umgekehrt kann das Gericht, dem allgemeinen Grundsatze des §. 132 entsprechend, die Verbindung des Haupt- und Interventionsprozesses behufs gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn beide Prozesse sich in derselben Instanz befinden.

„Die Zulässigkeit der Hauptintervention beschränkt der preuß. Entw. §. 713 auf die Dauer der ersten Instanz und gewährt §. 718, im Falle der Hauptprozeß in höherer Instanz anhängig ist, nur eine „unächte" Intervention in dem für diese Klage an sich zuständigen Gerichtsstande. Dagegen erklären der hannov. Entw. §. 57, der nordd. Entw. §. 96 und Württemberg Art. 91 die Hauptintervention so lange für zulässig, als der Hauptprozeß noch nicht völlig erledigt ist, also auch noch im Vollstreckungsverfahren. Der Entwurf geht, übereinstimmend mit Hannover §§. 35, 583 und der preuß. AGO. I, 18 §. 5, I 24 §. 75 ff., auch Bayern Art. 66 bez. 870, 874, 1021, 1105, einen mittleren Weg, indem er die Hauptintervention mit den Wirkungen der §§. 61, 62 nur bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits gestattet. Denn mit diesem Zeitpunkte erlischt die Anhängigkeit des Hauptprozesses und kann daher eine Betheiligung des Hauptintervenienten an dem Hauptprozesse, beziehungsweise eine Einwirkung des Interventionsprozesses auf den Hauptprozeß nicht mehr stattfinden. Es fehlt an der charakteristischen Koinzidenz der Prozesse. Dagegen bleibt trotz der rechtskräftigen Entscheidung das etwaige Recht des Dritten, welcher die Hauptintervention unterließ, an dem Streitgegenstande des entschiedenen Hauptprozesses bestehen und es ist derselbe aus diesem Grunde befugt, falls das

rechtskräftige Urtheil des Hauptprozesses zur Vollstreckung gebracht wird, auf dem im §. 639 angegebenen Wege seine Rechte in Betreff des Exekutionsobjekts geltend zu machen."

1) Hauptintervention ist nach §. 61 die Klage, welche bei dem Gerichte, vor welchem ein Rechtsstreit in erster Instanz anhängig ist oder war, vor rechtskräftiger Entscheidung desselben von einem Dritten gegen beide Parteien aus dem Grunde erhoben wird, weil er den Gegenstand des Rechtsstreits ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt.

2) Diese Definition enthält folgende einzelne Momente:

a) Die Hauptintervention ist eine Klage. Hieraus ergibt sich schon nach dem System des Gesetzes, daß sie nur vor einem Gerichte erster Instanz erhoben werden kann. Diese Consequenz wird überdieß durch das Gesetz ausdrücklich anerkannt. In diesem Punkte unterscheidet sich die Hauptintervention des deutschen Prozesses insbesondere von der der bayr. CPO. (Art. 67 Abs. 1), welche bei demjenigen Gerichte angebracht werden muß, wo der Hauptstreit zur Zeit der Intervention anhängig ist (vgl. Wernz, Commentar S. 95 Nr. 4).

b) Die Hauptintervention setzt immer einen anhängigen Rechtsstreit voraus; sie ist unzuläßig nach seiner rechtskräftigen Entscheidung. Bis dahin ist sie zuläßig ohne Rücksicht darauf, in welcher Instanz der Rechtsstreit schwebt. Auch nach rechtskräftiger Entscheidung ist sie zuläßig im Falle zuläßiger Nichtigkeits- oder Restitutionsklage, da hier die Hauptsache von Neuem verhandelt wird (§. 553 Abs. 1).

c) Die Hauptintervention hat ihren besonderen und zwar ausschließlichen Gerichtsstand; denn es ist ein anderes Forum, wo die beiden streitenden Parteien von dem Dritten verklagt werden könnten, schon deßhalb nicht denkbar, weil vor jedem anderen Forum der einen Partei wenigstens die Passivlegitimation, dem Dritten gegen eine der Parteien die Aktivlegimation fehlen würde, die für und bezw. gegen beide Parteien durch den §. 61 erst geschaffen wird. (A. M. ohne Grundangabe Struckmann-Koch, Commentar §. 61 Nr. 3.) Daran ändert nichts, daß nach den Motiven die beiden Parteien als Streitgenossen zu betrachten sind. Denn sie sind jedenfalls Streitgenossen besonderer Art, weil sie nicht überhaupt gemeinschaftlich beklagt werden können (§. 56), sondern nur unter den besonderen Voraussetzungen des §. 61.

Der besondere und ausschließliche Gerichtsstand der Hauptintervention ist aber vor dem Gerichte gegeben, wo der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig ist oder war. Gleichgültig ist, aus welchem Grunde die Zuständigkeit dieses Gerichtes abgeleitet wird, gleichgültig auch, ob der Anspruch

des Dritten auf einen größeren oder geringeren Werth als 300 Mark gerichtet ist, wenn der Rechtsstreit vor dem Landgericht anhängig ist, wenn z. B. der Dritte von der eingeklagten Forderung zu 700 Mark für sich 250 Mark in Anspruch nimmt.

d) Die Hauptintervention ist die Klage eines Dritten gegen beide Parteien. Sie kann niemals nur gegen eine derselben gerichtet werden. Die letztere Möglichkeit besteht nur für die mit der Hauptintervention nicht zu verwechselnde Widerspruchsklage des §. 690 (s. Motive).

e) Sie ist begründet durch die Behauptung, daß der Dritte an dem Gegenstand des Rechtsstreites ein Recht habe, welches beide Parteien oder eine derselben ganz oder theilweise von der Berechtigung daran ausschließt. Die Berechtigung beider Parteien ist z. B. ausgeschlossen, wenn eine Sache vindizirt wird, deren Eigenthum sich der Dritte zuschreibt, oder wenn der Notherbe in einem Streite zweier Testamentserben intervenirt; das Recht einer Partei ist gänzlich ausgeschlossen, wenn in einem Forderungsprozesse der Dritte Gläubiger zu sein behauptet oder in einem Prozesse de patria potestate der Dritte paterfamilias zu sein behauptet, während der Beklagte nur das Recht des Klägers bestreitet. Das Recht beider Parteien ist theilweise ausgeschlossen, wenn der Dritte im Miteigenthumsprozesse als Miteigenthümer intervenirt; das Recht einer Partei ist theilweise ausgeschlossen, wenn in der hereditatis petitio der Dritte als Miterbe auftritt.

f) Die Hauptintervention setzt ganz allgemein einen Rechtsstreit voraus. Gleichgiltig bleibt, wie derselbe entstanden ist, ob durch Klage oder Widerklage. Sie ist daher z. B. auch in dem Falle zulässig, wo A auf Zahlung eines Darlehens klagt, B eine Kaufschillingsforderung durch Widerklage geltend macht und C behauptet, er sei in dieser Kaufschillingsforderung der rechte Gläubiger, etwa weil sie ihm cedirt sei (vgl. Siebenhaar, Commentar §. 61 Note *).

3) Die Zulässigkeit der Hauptintervention ist abhängig von der Zustimmung der einen Hauptpartei, wenn sie auf eine im Laufe des Prozesses geschehene Veräußerung oder Cession Seitens der anderen Hauptpartei gegründet wird. (§. 236 Abs. 2. Dagegen §. 237.)

4) Bezüglich der Zulässigkeit einer Hauptintervention in einem bei der Kammer für Handelssachen anhängigen Rechtsstreite ist §. 108 des GVG. maßgebend (vgl. oben S. 39). Der Wortlaut dieses Paragraphen könnte zu irrigen Consequenzen oder doch zu Zweifeln Veranlassung geben. Es könnte nämlich die Auffassung sich Geltung verschaffen, daß unter dem „Rechtsstreite" des §. 108 cit. der „anhängige Rechtsstreit" des §. 61 zu verstehen sei. Die Konsequenz dieser Auffassung wäre die, daß die Haupt-

intervention immer dann vor der Kammer für Handelssachen ausgeschlossen ist, wann der bei derselben anhängige Rechtsstreit nach §. 101 nicht vor dieselbe gehört, z. B. wenn aus einem Handelsgeschäfte gegen einen Nichtkaufmann geklagt wäre (§. 101 Ziff. 1) und dieser den Antrag auf Verweisung vor die Civilkammer unterlassen würde (§. 103 des GVG.). Dieß ist aber offenbar nicht die Meinung des Gesetzes, schon deßhalb nicht, weil es absurd wäre, eine Intervention, welche für sich Handelssache ist, von der Kammer für Handelssachen auszuschließen, während die Nichthandelssache ohne Anstand dort verhandelt wird. Aber auch positive Anhaltspunkte bestehen für die wahre Meinung des Gesetzes, die in §. 108 cit. allerdings nicht präcis genug ausgedrückt wurde.

Es findet sich nämlich in den Verhandlungen der Reichstagskommission zur Berathung des GVG. Folgendes:

Zu §. 50 m des Antrags Becker und Genossen, die Errichtung von Kammern für Handelssachen bei den Landgerichten betreffend (= §. 84 d der Kommissionsvorlage = §. 108 des GVG.) äußerte Abg. Reichensperger: „Er finde es bedenklich, die Ansprüche Dritter in der Weise, wie hier geschehe, auszuschließen. Wenn ein Dritter, der in keinem handelsrechtlichen nexus stehe, behaupte, Ansprüche an das Streitobjekt zu haben, so lasse sich nicht absehen, warum er nicht interveniren dürfe, sondern einen selbstständigen Prozeß anstellen solle". Abg. Becker entgegnete: „Der §. 50 m entspreche dem Absatz 2 in §. 61 des Entwurfs der Civilprozeßordnung. Die Hauptintervention sei als Klage gegen die beiden bisherigen Parteien anzusehen, folglich müsse auch das Gericht für solche Klage zuständig sein" (Komm.-Prot. zum GVG. S. 533).

Vergleicht man nun hiezu den Abs. 2 des §. 61 im Entwurfe der CPO., welcher lautet:

„Bei einem Handelsgerichte kann ein solcher Anspruch nur dann geltend gemacht werden, wenn er zur Zuständigkeit der Handelsgerichte gehört ....."

so wird es klar, daß §. 108 des GVG. mit „Rechtsstreit" den durch die Hauptintervention zwischen dem Intervenienten und den Hauptparteien entstehenden Rechtsstreit bezeichnet haben will.

5) Da die Hauptintervention als Klage erscheint, so erfährt sie nothwendig die ganze prozessuale Behandlung einer Klage. Das Petitum dieser Klage wird nach den verschiedenen thatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen des Hauptstreites verschieden sein. Beispielsweise hat der Eigenthümer einer Sache als Hauptintervenient in einem Publicianischen Prozesse von beiden Parteien Anerkennung seines besseren Rechtes, von dem Hauptbeklagten auch Restitution der Sache cum omni causa zu begehren; intervenirt der Cessionar in dem Forderungsprozesse zwischen dem Cedenten und debitor cessus

prinzipaliter, so muß gegen den ersteren auf Anerkennung des besseren Rechtes, gegen letzteren auf Erfüllung oder Anerkennung geklagt werden, je nachdem die Forderung fällig ist oder nicht. Daneben kann der Hauptprozeß seinen ungestörten Fortgang nehmen. Es kann aber auch von Amts wegen die Verbindung des Interventionsprozesses mit dem Hauptprozeß angeordnet oder die Aussetzung des einen bis zur Entscheidung des anderen verfügt werden (§§. 138, 139). Daß die Aussetzung des Hauptprozesses bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention auf Antrag einer Partei ausgesetzt werden kann (§. 62), ist daher nichts Besonderes. Antragsberechtigt ist jede der beiden Hauptparteien gleich dem Hauptintervenienten. Ein Interesse der beklagten Hauptpartei an der Aussetzung ist bei Forderungsklagen am ehesten vorhanden; hier wird es nicht selten vorkommen, daß sie dem Kläger oder dem Intervenienten gegenüber eine Kompensationsforderung hat, so daß es für sie nicht gleichgiltig sein kann, ob entschieden wird, wem sie als Schuldnerin gegenübersteht.

Ueber die Wirkung der Aussetzung und die Aufnahme des Verfahrens vgl. §§. 226, 227.

---

§. 63.

Wer ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten.

Die Nebenintervention kann in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung desselben, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen.

Motive: „Der Nebenintervention gehören im Gegensatze zur Hauptintervention die Fälle an, in denen der Intervenient nicht einen die Rechte der Parteien des Hauptprozesses auf den Streitgegenstand ausschließenden Anspruch verfolgt, sondern nur besorgt, daß die Entscheidung des Hauptprozesses auf eigene Rechte nachtheilig einwirken könne, und in denen er sich daher auf die Seite der einen Hauptpartei stellt, um ihr in dem anhängigen Prozesse zu einem obsieglichen Urtheile zu verhelfen.

„Der §. 63 gestattet die Nebenintervention demjenigen, welcher ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Parteien anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege. Ob der Fall eines solchen rechtlichen Interesses vorliegt, entscheidet das bürgerliche Recht. Da die Prozeßordnung in dem Geltungsbereiche weit auseinander gehender Civil-

rechte gelten soll, so war die Gestattung der Nebenintervention in möglichst weitem Umfange ein entschiedenes Bedürfniß. In dieser Beziehung folgt der Entwurf der preuß. AGO. I 18 §. 2 dem preuß. Entwurfe §. 719, dem nordd. Entwurfe §. 100 und dem französischen Rechte (vergl. Carré et Chauveau, Adolphe, l. c. III pag. 201), und deckt insbesondere die weitgehende Berechtigung zur Nebenintervention nach dem Code civ. Art. 1166. (Carré et Chauveau, Adolphe, l. c. III pag. 203—205).

„Der Nebenintervenient kann den Zeitpunkt seines Eintritts in den Prozeß „bis zu dessen rechtskräftiger Entscheidung" frei wählen. Die Nebenintervention kann auch innerhalb der Rechtsmittelfrist in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen (vgl. preuß. Entw. §. 721, Württemberg Art. 97, Bayern Art. 68, das altpreuß. Prozeßrecht, Erk. des Ober-Tribunals vom 17. Juli 1860, Entsch. Bd. 43 S. 147).

„Der Beitritt des Nebenintervenienten wird nach den allgemeinen Grundsätzen in der mündlichen Verhandlung erklärt [1]). Die Vorschriften des Entwurfs über vorbereitende Schriftsätze und deren Zustellung sowie über die Anberaumung von Verhandlungsterminen finden entsprechende Anwendung (§§. 115, 146 ff., 184, 67). Die hierauf bezüglichen Vorschriften anderer Gesetzeswerke (nordd. Entw. §. 104, preuß. Entw. §. 725, Württemberg Art. 100) sind als entbehrlich übergangen; auch versteht es sich für den Fall der Erhebung der Nebenintervention durch Einlegung eines Rechtsmittels oder des Einspruchs nach den §§. 295, 458, 491, 598 von selbst, daß der betreffende Schriftsatz innerhalb der Nothfrist zur Vermeidung des Eintritts der Rechtskraft zugestellt werden muß."

1) Nebenintervention ist der Anschluß eines Dritten an eine Prozeßpartei zum Zwecke ihrer Unterstützung.

Solcher Anschluß ist nur gestattet, wenn der Nebenintervenient an dem Siege der einen Partei ein rechtliches Interesse hat. Rechtliches Interesse ist vorhanden, wenn die Entscheidung des Prozesses auf die eigenen Rechtsverhältnisse des Intervenienten irgendwie einwirkt. Gemeinrechtlich besteht das Verhältniß der Einwirkung in folgenden Klassen von Fällen:

a) wenn ein Recht des Intervenienten „durch den Sieg einer Partei bedingt oder durch ihr Unterliegen gefährdet wird" Renaud, Civilprozeß §. 47). Hieher gehört das Interesse des Legatars an dem Prozesse zwischen dem Testaments- und Intestaterben über die Giltigkeit des Testaments, oder des mit einer res litigiosa honorirten Legatars an dem Prozesse zwischen dem Erben und dem Dritten, der diese Sache für sich beansprucht (vgl. Wetzell, System

---

[1]) Vgl. jedoch unten die Erläuterung zu §. 67.

3. Aufl. S. 48). Vgl. ferner Art. 194 Abs. 2; 195 Abs. 3, 226 des HGB.; §. 29 Abs. 2 des Genossenschaftsges. v. 4. Juli 1868.

b) wenn der Intervenient in Folge des Unterliegens der Partei, der er beitreten will, eine Regreßklage zu befürchten hat (Renaud a. a. O.). Hieher gehört das Interesse des Verkäufers an dem Evictionsprozeß des Käufers, des Hauptschuldners am Prozesse des Bürgen, des Vormunds am Prozesse des ehemaligen Mündels bezüglich eines Rechtsverhältnisses, welches durch ihn begründet wurde und wofür er verantwortlich ist (Wetzell a. a. O. S. 49). In diesen Fällen kann die prozeßberechtigte Partei den Regreßpflichtigen auch durch Streitverkündung zur Nebenintervention veranlassen (§§. 69, 71).

2) Die Nebenintervention ist nicht wie die Hauptintervention an die erste Instanz gebunden. Sie kann, weil sie eben nur ein Beitritt zur Unterstützung, nicht eine Klage ist, in jeder Instanz und in jeder Lage der Sache erhoben werden.

3) Die Nebenintervention ist auch in den Fällen unbedingt gestattet, wo der Nebenintervenient erst im Laufe des Prozesses Rechtsnachfolger der Partei geworden ist, der er beitreten will (§. 236 Abs. 2).

4) Auch hier gilt der durch Widerklage entstehende „Rechtsstreit" dem durch Klage begründeten gleich (vgl. oben zu §. 61 Nr. 2 f).

---

§. 64.

Der Nebenintervenient muß den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in welcher sich dieser zur Zeit seines Beitritts befindet; er ist berechtigt, Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen.

Motive: „Da der Nebenintervenient in den Prozeß nur zur Unterstützung der „Hauptpartei" eintritt, so bleibt die letztere nach §. 64 das eigentliche Prozeßsubjekt, während der Intervenient lediglich ihren Zwecken dient. Hieraus folgt, daß der Nebenintervenient den Prozeß in der Lage annehmen muß, in welcher derselbe sich zur Zeit „seines Beitritts" befindet, ferner, daß er zwar berechtigt ist, nach seiner Wahl Angriffs- nnd Vertheidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, jedoch nur insoweit seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei nicht im Widerspruche stehen,

endlich, daß der Nebenintervenient in dem Hauptverfahren zugezogen wird (§. 67 Abs. 3). Er hat — vgl. preuß. Entw. §. 726, nordd. Entwurf §. 105 — in Ansehung des Prozeßbetriebes die Stellung des Streitgenossen; dagegen ist materiell seine Stellung diejenige eines Beistands der Hauptpartei (causae adesse). Uebereinstimmend sind der preuß. Entw. §§. 720, 722, hannov. Entw. §. 60, nordd. Entw. §. 101, Hannover §. 36, Württemberg Art. 98, Bayern Art. 68.

„Die Regel des §. 64 gilt auch für die vom Nebenintervenienten eingelegten Rechtsmittel, welche daher gegenüber dem Verzichte oder der Zurücknahme der Hauptpartei unwirksam sind. Auf demselben Prinzip beruht die Vorschrift des §. 402, daß die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides an einen Nebenintervenienten nur in dem Falle zulässig ist, wenn er ausnahmsweise (§. 66) als Streitgenosse der Hauptpartei gilt — und nach demselben Grundsatze ist die Vorschrift über die durch die Nebenintervention entstehenden Prozeßkosten im §. 94 geregelt.

„Selbstverständlich ist es, daß der Nebenintervenient mit Einwilligung aller Theile den Rechtsstreit statt desjenigen, dem er beitritt, allein übernehmen und ohne dessen fernere Theilnahme fortsetzen kann. Hannover §. 36, hannov. Entw. §. 60 und Württemberg Art. 98 drücken diesen Satz noch besonders aus. Ohne Einwilligung des Gegners kann dagegen die Uebernahme des Prozesses durch den Nebenintervenienten in Stelle der ausscheidenden Hauptpartei — wie solches die preuß. AGO. I 17 §. 29 und der Code de proc. Art. 182 unter Umständen gestatten — nicht erfolgen. Eine solche Befugniß würde die Prozeßstellung des Gegners beeinträchtigen, wenn ihm z. B. eine zahlungsunfähige Person für den ausscheidenden Gegner gegenübergestellt würde; die AGO. I 17 §. 29 macht daher Vorbehalte in Betreff des Kostenpunkts und der Vollstreckbarkeit der ergehenden Entscheidung. Ebensowenig darf der Nebenintervenient gegen den Willen des Gegners als Hauptpartei neben der Prozeßpartei, zu deren Gunsten er intervenirt, in den Prozeß eintreten (Baden §. 114 Nr. 1, Allg. GO. a. a. O. und I 18 §. 9)".

1) In diesem Paragraphen werden die Konsequenzen gezogen, welche sich aus dem Charakter des Nebenintervenienten als „Beistandes" der Hauptpartei ergeben. Schon dem Gemeinen Prozesse gehört der Satz an, daß der Nebenintervenient den Rechtsstreit in der Lage annehmen muß, in welcher er sich zur Zeit seines Beitritts befindet [c 2 in VI ° ut lite pend. 2, 8. — Wetzell, System (3. Aufl. S. 50 Note 16], d. h. daß er nur soweit noch thätig werden kann, als das der Partei selbst gestattet ist. So ist er nicht in der Lage, prozeßhindernde Einreden vorzubringen, wenn er

erst nach dem Beginne der Verhandlung zur Hauptsache dem Beklagten beitritt, abgesehen von den Bestimmungen des §. 247 Abs. 2; er kann die Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift nicht mehr rügen, wenn die Voraussetzungen des §. 256 Abs. 1 gegeben sind; er kann nach Versäumung der Einspruchsfrist Seitens der Partei nicht mehr Einspruch erheben; Theil- und Zwischenurtheile sind für die Instanz unabänderlich auch gegenüber dem Nebenintervenienten (§§. 273, 274, 289); die Zurückweisung von nachgeschleppten Beweismitteln von der Instanz nach §§. 339 und 398 gilt auch gegenüber dem Intervenienten; in den höheren Instanzen endlich ist er gleich der Partei nur zu denjenigen prozessualen Handlungen berechtigt, welche nach den Grundsätzen des Verfahrens vor den Rechtsmittelinstanzen überhaupt zulässig sind. Er ist demnach insbesondere in der Revisionsinstanz nicht zur Verhandlung über die Thatsachen befugt, welche im angefochtenen Urtheile festgestellt sind (§. 524).

Der Zeitpunkt des Beitritts eines Nebenintervenienten bestimmt sich durch die in §. 67 bezeichnete Zustellung.

2) Soweit die Lage des Rechtsstreits zur Zeit des Beitritts es gestattet, ist der Nebenintervenient gleich der Hauptpartei zu handeln befugt, jedoch nicht im Widerspruch mit dieser. Es wird zur Beurtheilung der rechtlichen Stellung des Intervenienten darauf ankommen, festzustellen, wann ein Widerspruch mit den Handlungen der Hauptpartei vorliege. Meines Erachtens darf von einem Widerspruch nur die Rede sein, wann die Handlungen des Intervenienten das direkte Gegentheil von dem darstellen, was die Hauptpartei thut. Es wäre also ein Widerspruch vorhanden, wenn der Intervenient leugnete, was die Hauptpartei zugesteht, oder wenn er geltend machen wollte, worauf sie verzichtet hat. Dagegen ist ein Widerspruch nicht schon anzunehmen, wenn die Möglichkeit offen bleibt, daß die Handlung des Intervenienten von der Hauptpartei gebilligt wird. Daß dieß die Meinung des Gesetzgebers gewesen sei, dafür spricht zunächst der Umstand, daß der zweite Satz des §. 64 wörtlich dem Abs. 2 des §. 60 des hannover'schen Entwurfes entnommen ist und in den Motiven zu §. 64 auf diesen Entwurf als übereinstimmend verwiesen ist. Es darf daher wohl vermuthet werden, der Gesetzgeber habe auch mit der Auffassung harmonirt, welche die hannover'sche Commission zur Aufstellung des fraglichen Satzes bewogen hat. Aus den Protokollen der hannover'schen Commission ergibt sich nun (vgl. S. 754—790 dieser Protokolle), daß man den Nebenintervenienten als Quasiprokurator der Hauptpartei betrachtet wissen wollte, und daß seine Handlungen als für die Hauptpartei vorgenommen gelten sollten, wenn nicht die entgegengesetzte Willensmeinung derselben ersichtlich sei.

Für diese Meinung spricht weiter die Verweisung der Motive auf

§§. 720, 722 des preuß. Entwurfs (Art. 98 der Württembergischen und Art. 68 der Bayrischen Prozeßordnung). Insbesondere setzt §. 722 des preuß. Entwurfs außer Zweifel, daß ein bloßes Stillschweigen, ein Unterlassen der Hauptpartei nicht als Widerspruch gedeutet werden dürfe, indem dieser Paragraph bestimmt:

„Insoweit die Erklärungen und Anträge des Nebenintervenienten mit den Erklärungen und Anträgen der Partei, welcher er beigetreten ist, in Widerspruch stehen, oder insoweit ihnen diese Partei widerspricht, wird er mit denselben in dem anhängigen Prozesse nicht gehört.“

Zu einem gleichen Ergebnisse führt auch die richtige Auslegung des Art. 68 Abs. 2 der bayr. CPO. Denn wenn dieser Artikel den Nebenintervenienten für befugt erklärt, für die von ihm verbeistandete Partei alles Sachdienliche vorzunehmen, so folgt wohl von selbst, daß alle Handlungen als für die Partei sachdienlich zu erachten sind, welche ihren Prozeßsieg befördern können, solange sie sich denselben nicht selbst widersetzt. (Noch weiter, aber, wie mir scheint, mit Unrecht, geht Wernz, Commentar zu dem allegirten Artikel.)

Weiter fällt ins Gewicht, daß die Motive selbst betonen, der Intervenient trete der Hauptpartei zur „Unterstützung“ bei. Denn der Begriff der Unterstützung bringt es mit sich, daß sie auch darin erkannt werden muß, wo der Unterstützende den Unterstützten vor Versäumnissen und Uebersehen bewahrt. (Vgl. Wernz a. a. O. Nr. 11.)

Endlich ist nicht zu verkennen, daß die Aeußerung der Motive „es seien die von dem Nebenintervenienten eingelegten Rechtsmittel gegenüber dem Verzichte oder der Zurücknahme der Hauptpartei unwirksam“ die Annahme ausschließt, daß ein bloßes Nichthandeln der Hauptpartei den Handlungen des Intervenienten präjudiziren könne, um so mehr, als unter Verzicht nur der ausdrücklich erklärte verstanden wissen wollte, falls er nach Erlassung eines Urtheils erfolgt. (§§. 475, 311, 529, hiezu die Motive zu §. 455 des Entwurfs und die Komm.-Protokolle S. 232, 233. Vgl. die Erläuterung zu §. 475 unten.)

Aus diesen Materialien glaube ich folgende Sätze ableiten zu dürfen:

a) das Nichterscheinen der Hauptpartei zur mündlichen Verhandlung schließt nicht aus, daß der Intervenient für sie handle und so der Erlassung eines Versäumnißurtheils vorbeuge. Denn das Ausbleiben der Hauptpartei ist nicht nothwendig auf den Willen, zu unterliegen, zurückzuführen.

b) Die Nichteinlegung eines Rechtsmittels Seitens der Hauptpartei hindert den Intervenienten an der Einlegung eines solchen innerhalb der gesetzlichen Frist nicht. Denn aus der Unterlassung der Hauptpartei muß

nicht ihr Verzichtswille gefolgert werden. (A. M. Lothar Seuffert, Commentar §. 64 Nr. 2.)

c) Die Hauptpartei kann dem Nebenintervenienten die Vornahme der sämmtlichen Prozeßhandlungen allein überlassen.

Dieser letzte Satz ist von den gesetzgebenden Faktoren in der Reichstagskommission ausdrücklich angeregt worden. Der Abg. Dr. Bähr stellte den Antrag, dem §. 64 hinzuzufügen: „die Hauptpartei kann dem Nebenintervenienten die alleinige Durchführung des Rechtsstreits überlassen"; denn dieser Zusatz entspreche der bisherigen Praxis; er solle dazu dienen, den Entwurf klar zu stellen.

Der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg erklärte, daß der Entwurf diesen Satz habe ausschließen wollen. Ein selbstständiges Eintreten des Nebenintervenienten habe nur mit Zustimmung beider Parteien zulässig sein sollen.

Der Antragsteller erwiderte, er sei mißverstanden worden; er wolle weiter nichts, als daß es der betreffenden Hauptpartei freistehen solle, dem Nebenintervenienten die alleinige Fortführung des Prozesses, z. B. die Einwendung von Rechtsmitteln, zu überlassen.

Mit dieser Auffassung bekennt sich nun der Direktor im Reichskanzleramt einverstanden, meint aber, daß es keiner besonderen Bestimmung hierüber bedarf; Abg. Gneist schließt sich dieser Ansicht an. Die Kommission lehnt sodann den Zusatzantrag Bähr ab. (Komm.-Prot. S. 25, 26.) Der Kommission und der Regierung galt es demnach als eine selbstverständliche Konsequenz der §§. 63 und 64, daß die formelle Seite der Prozeßführung dem Nebenintervenienten überlassen werden könnte, d. h. daß er mit dem (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Einverständnisse der Hauptpartei alle Prozeßhandlungen für sie, d. i. an ihrer Statt solle vornehmen dürfen als Quasiprokurator, wie ihn die hannover'schen Protokolle (a. a. O.) bezeichnen.

Die Hauptpartei bleibt auch in diesem Falle das eigentliche Prozeßsubjekt. Eine Folge hievon besteht darin, daß das Urtheil auf den Namen dieser erlassen werden muß.

3) Die Motive erklären es als selbstverständlich, daß der Nebenintervenient mit Einwilligung aller Theile den Rechtsstreit statt desjenigen, dem er beitritt, allein übernehmen und ohne dessen fernere Theilnahme fortsetzen kann. Dieselbe Auffassung spricht der Vertreter der Regierung in den angeführten Kommissionsverhandlungen aus. Da nun aber Zweck der Nebenintervention Unterstützung einer Hauptpartei ist, Unterstützung aber einen Unterstützten voraussetzt, so scheint es mir sehr fraglich, ob das Ausscheiden der Hauptpartei und die Ersetzung derselben durch den Nebenintervenienten

ohne Weiteres durch Vereinbarung der Parteien zulässig sei. Damit ist der Charakter der Nebenintervention vollständig beseitigt, es ist etwas gänzlich Verschiedenes an ihre Stelle gesetzt, gewissermaßen Conventionalprozeß getrieben. Darum würde in Ermanglung einer gesetzlichen Anerkennung jener Satz m. E. abgelehnt werden müssen. Es wird sich nun nur fragen, ob etwa eine solche im Gesetze zu finden sei. Die Frage wird allerdings zu bejahen sein und zwar mit Rücksicht auf §. 236 Abs. 2. Dort wird die Veräußerung des Streitobjekts (Sache oder Recht) für einflußlos auf den Prozeß erklärt und dem Rechtsnachfolger der veräußernden Partei ohne Zustimmung des Gegners weder die Uebernahme des Prozesses an Stelle des Rechtsvorgängers, noch eine Hauptintervention neben demselben gestattet. Positiv ausgedrückt heißt dieß: „Mit Zustimmung des Gegners ist ihm Beides gestattet.“ Da nun der Rechtsnachfolger ohne Zweifel als Nebenintervenient ohne Zustimmung des Gegners am Prozesse Theil nehmen kann (s. zu §. 63 Nr. 3), so folgt, daß dem Rechtsnachfolger auch in seiner Stellung als Nebenintervenient die Uebernahme des Prozesses als Hauptpartei (sowie die Hauptintervention) durch Zustimmung des Gegners gestattet werden kann. Gerade für diese Fälle der Rechtsnachfolge wird die Befugniß des Nebenintervenienten zur Uebernahme des Prozesses als Hauptpartei praktisch. (Vgl. §. 237, außerdem s. §. 72.)

Die Folge solcher Uebernahme besteht zunächst darin, daß die nach derselben zu erlassenden Entscheidungen auf den Namen des Uebernehmers gestellt werden, daß die eine Hauptpartei vollständig aus dem Prozeß ausscheidet. (Vgl. Preuß. Allg. Ger.-O. I, 17 §. 30.)

4) Zur Anstellung der Restitutions- oder Nichtigkeitsklage (§. 541) ist der Nebenintervenient niemals befugt, weil es hier an einem anhängigen Rechtsstreit fehlt. (§. 63.)

---

§. 65.

Der Nebenintervenient wird im Verhältnisse zu der Hauptpartei mit der Behauptung nicht gehört, daß der Rechtsstreit, wie derselbe dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei; er wird mit der Behauptung, daß die Hauptpartei den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche ihm un-

bekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.

Motive: „Aus dem allgemeinen Charakter der Nebenintervention folgt, daß durch das im Hauptprozesse ergehende Urtheil nur über das Rechtsverhältniß unter den Hauptparteien entschieden wird. Das Urtheil ist aber auch von Einfluß auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Nebeninterveniente und der Hauptpartei, welcher er beigetreten ist.

„In Anschluß an den preuß. Entw. §. 724 und an den nordd. Entw. §. 102 (vgl. auch Hannover §. 36, Baden §. 116) bestimmt der §. 65, daß im Verhältnisse zur Hauptpartei der Nebenintervenient

1) die Entscheidung des Rechtsstreits, wie derselbe dem Richter vorgelegen hat, als richtig entschieden gegen sich gelten lassen muß, und

2) den Einwand verliert, daß die Hauptpartei den Prozeß mangelhaft geführt habe (exceptio mali processus); wenigstens ist dieser Einwand nur insoweit aufrecht erhalten, als der Nebenintervenient durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei — z. B. durch Zurücknahme eines vom Nebenintervenienten eingelegten Rechtsmittels — verhindert ist, Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.

„Diese Bestimmungen greifen zwar in das bürgerliche Recht ein, sie stehen aber mit dem Institute der Intervention in einem innigen Zusammenhange und schaffen den Civilrechten, in denen sie sich nicht oder nicht vollständig entwickelt haben, keine erheblichen Schwierigkeiten. Der Entwurf hat deshalb mit Recht — wie schon die preuß. AGO. I 17 §. 19 — über den Bereich des Prozeßrechts hinausgegriffen, um für diese wichtigen und vielfach bestrittenen Rechtsfragen die Rechtseinheit zu begründen".

1) Nur im Verhältnisse zu der Hauptpartei regelt §. 65 die Wirkung der Entscheidung des Prozesses auf den Nebenintervenienten; das Verhältniß zum Gegner berührt er nicht. (Hierüber s. §. 66.)

2) Für dieses Verhältniß stellt §. 65 folgende Sätze auf:

a) Der Nebenintervenient kann der Hauptpartei nicht entgegenhalten, daß der Prozeß, so wie er dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei. Dadurch wird insbesondere die gemeinrechtliche Einrede des eviktionspflichtigen Verkäufers ausgeschlossen, daß das Urtheil auf einem Irrthum des Gerichtes beruhe (51 p. D. 21, 2). Hiezu genügt es vollständig, daß die Nebenintervention erhoben und der Prozeß entschieden worden

sei. Gleichgiltig bleibt, wann der Beitritt des Nebenintervenienten erfolgt ist und ob er nach Lage der Sache noch auf die Entscheidung des Rechtsstreits einwirken konnte oder nicht.

b) Der Nebenintervenient verliert durch die Thatsache des Beitritts nach Entscheidung des Prozesses die Einrede der mangelhaften Prozeßführung, er müßte denn entweder durch die Lage des Prozesses zur Zeit der Intervention oder durch Handlungen der Hauptpartei an der Einwirkung auf den Prozeß gehindert worden sein, oder es müßte die Hauptpartei es aus Arglist oder grober Nachlässigkeit unterlassen haben, dem Intervenienten unbekannte Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen.

---

§. 66.

Insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniß des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, gilt der Nebenintervenient im Sinne des §. 58 als Streitgenosse der Hauptpartei.

Motive: „Abweichend werden die in den §§. 64, 65 geregelten Fragen durch den §. 66 geordnet, „insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniß des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist.“ Hier gilt der Nebenintervenient als wirklicher Streitgenosse der Hauptpartei im Sinne des §. 58, und es äußert dies seine Wirkungen auch in Beziehung auf den Beweis durch Eid (§§. 402, 419) und auf die Regelung des Kostenpunkts (§§. 94, 93). Es gehören unter diesen Paragraphen die Fälle, in welchen das Recht oder die Verbindlichkeit des Nebenintervenienten durch das Bestehen des Rechts oder der Verbindlichkeit einer im Prozesse begriffenen Partei bedingt ist (Leonhardt, B. P. O. S. 46 Anm. 3). Ein Beispiel geben L. 50 §. 1 D. de legatis I; L. 14 D. de appell. 49, 1 (vgl. Wetzell, Ed. II S. 523) und das preuß. ALR. I, 12 §. 298 für einen Prozeß zwischen dem Testaments- und Intestat-Erben über die Gültigkeit eines Testaments, wenn dem Ersteren der Legatar beitritt. In diesen Fällen darf der Nebenintervenient, wie die L. 14 pr. Dig. de appell. (49, 1) sagt, nicht nur causae adesse, sondern auch causam agere; er steht dem Gegner nach §. 58 selbstständig als Einzelner gegenüber (vgl. hessisch. Entw. Art. 92, preuß. Entw. §. 723, Württemberg Art. 99, nordd. Entw. §. 103)“.

1) Ueber die gemeinrechtlichen Fälle der Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte vgl. oben zu §. 58 Nr. 1a. Ueber das Preußische Recht vgl. Förster, Preuß. Privatr. I §. 56 Nr. 1a. Das sächsische Recht (bürgerl. Gesetzgebung § 177) beschränkt die Wirkung der Rechtskraft allgemein auf die Rechtsnachfolger der Parteien. (Vgl. aus der CPO. noch §. 740 und §. 753 Abs. 2 u. 4.)

2) Der Nebenintervenient gilt im Sinne des §. 58 als Streitgenosse. Ueber sein Rechtsverhältniß ist daher zu vergleichen, was zu §. 58 ausgeführt wurde. Möglicherweise greift dann auch §. 59 ein (s. diesen). In allen Fällen des §. 66 findet folgerecht §. 60 Anwendung.

3) Erfolgt die Nebenintervention des §. 66 auf Grund einer Veräußerung oder Cession Seitens einer Hauptpartei während des Prozesses, so tritt §. 66 nicht in Wirksamkeit (§. 236 Abs. 2).

---

§. 67. (§. 66a der Kommissionsvorlage.)

Der Beitritt des Nebenintervenienten erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1) die Bezeichnung der Parteien und des Rechtsstreits,
2) die bestimmte Angabe des Interesses, welches der Nebenintervenient hat,
3) die Erklärung des Beitritts.

Außerdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze Anwendung.

1) Dieser Paragraph fehlt in dem Entwurfe der CPO. Die Motive zu §. 63 erachteten es als eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze, den Beitritt des Nebenintervenienten in der mündlichen Verhandlung erklären zu lassen und die Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze auf denselben auszudehnen (s. o. die Motive zu §. 63), die keiner besonderen Festsetzung bedürfe. In der Reichstagskommission beantragte bei der ersten Lesung Abg. Struckmann, als §. 66a einzufügen:

„Der Beitritt des Nebenintervenienten wird in der mündlichen Verhandlung erklärt.

In Bezug auf die vorbereitenden Schriftsätze finden die für die Klage gegebenen Vorschriften Anwendung".

weil im Entwurfe jede Bestimmung darüber fehle, in welcher Weise eine Nebenintervention geltend zu machen sei; eine solche Bestimmung könne nicht für entbehrlich gehalten werden, da bei Anwendung der allgemeinen Be=

stimmungen vor Allem Zweifel darüber möglich wären, ob der von den Parteien handelnde §. 115 des Entwurfs (= §. 119 der CPO.) auf die Nebenintervenienten Anwendung litte. Der Regierungsvertreter Direktor von Amsberg stimmte dem Antrag unter Vorbehalt später etwa zu treffender generellerer Bestimmungen zu. Die Kommission nahm den Antrag an. (Komm.-Prot. S. 26.)

In zweiter Lesung beantragten jedoch die Abgg. Becker, Struckmann und Dr. Wolffson, den Paragraphen 66a dahin zu ändern, wie er jetzt als §. 67 in's Gesetz aufgenommen ist.

Als Motiv dieses Antrags führte Abg. Struckmann an: der in erster Lesung angenommene §. 66a berücksichtige nicht den Fall, daß die Nebenintervention durch Einlegung eines Rechtsmittels erklärt werde; in diesem Falle könne der Beitritt nur schriftlich erfolgen. (Komm.-Prot. S. 774 resp. 512.)

Die Erklärung des Beitritts in der mündlichen Verhandlung ist demnach unwirksam. Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob der Schriftsatz ordnungsgemäß zugestellt sei. (Ueber Zustellungen vgl. §§. 152 bis 190.) Denn ohnedieß ist für das Gericht sowenig ein Nebenintervenient vorhanden als beispielsweise im Anwaltsprozesse ein Kläger vorhanden wäre, wenn der Anwalt in mündlicher Verhandlung erscheinen und ohne vorgängige Zustellung des Schriftsatzes seine Klage nur mündlich begründen würde. (§. 230 Abs. 1.)

Die Zustellung des Schriftsatzes hat an beide Hauptparteien zu erfolgen. Obwohl dieß nicht ausdrücklich gesagt ist, entspricht es doch nicht blos der ganzen Struktur des Prozesses, sondern folgt auch aus §. 68 Abs. 1. Denn wäre nicht Zustellung an beide Hauptparteien nothwendig, so wäre nicht denkbar, daß über den Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention mündliche Verhandlung unter „den Parteien" und dem Nebenintervenienten stattfände (vgl. §§. 191, 193).

Ueberdieß geht diese Nothwendigkeit, wie ich glaube, noch aus Folgendem hervor: In der Verhandlung der Reichstagskommission über den Antrag der Abgg. Becker, Struckmann und Dr. Wolffson auf Aenderung des in erster Lesung angenommenen §. 66a äußerte Abg. Struckmann nach der oben angegebenen Motivirung des Antrags: „Er empfehle daher für die Nebenintervention die Form eines Schriftsatzes allgemein vorzuschreiben, wie dieß im Preußischen Entwurf vom Jahre 1864 und im Norddeutschen Entwurf geschehen sei." Da dieser Empfehlung die Annahme des §. 67 Seitens der Kommission und der Regierung folgte, so darf zur Erläuterung desselben auf die in Bezug genommenen Entwürfe wohl zurückgegangen werden. Im Norddeutschen Entwurf begegnet aber

die unzweideutige Fassung des §. 104: „Die Nebenintervention erfolgt durch die an beide Parteien zu bewirkende Zustellung eines Schriftsatzes welcher die Erklärung enthalten muß, daß der Intervenient der Hauptpartei beitrete“. (Aehnlich der Preuß. Entw. §. 725.)

2) Da der Nebenintervenient als Partei im weiteren Sinne zu gelten hat (vgl. oben zu §§. 50, 51 Nr. 1), so findet für seine Vertretung §. 74 Anwendung. Ueber die Interventionsform vor den Amtsgerichten vgl. §. 462 a. E.

3) Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze sind in den §§. 121—124 enthalten.

4) Da der Intervenient gleichzeitig mit seiner Beitrittserklärung auch Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend machen, insbesondere Rechtsmittel einlegen kann, so versteht sich von selbst, daß er die für deren Geltendmachung bestehenden Formvorschriften selbstständig einhalten muß, daß also z. B. neben seiner Beitrittserklärung der Schriftsatz des §. 479 herzugehen hat (vgl. noch §. 515).

---

§. 68. (§. 67 des Entw.)

Ueber den Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention wird nach vorgängiger mündlicher Verhandlung unter den Parteien und dem Nebenintervenienten entschieden. Der Nebenintervenient ist zuzulassen, wenn er sein Interesse glaubhaft macht.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

So lange nicht die Unzulässigkeit der Intervention rechtskräftig ausgesprochen ist, wird der Intervenient im Hauptverfahren zugezogen.

Motive: „Widerspricht keine der Parteien dem Beitritte des Nebenintervenienten, so wird derselbe vom Gerichte zugelassen. Behauptet aber eine der Parteien, daß die Nebenintervention unzulässig sei, so hat das Gericht hierüber nach §. 67 auf Grund vorgängiger mündlicher Verhandlung zwischen den Parteien und dem Nebenintervenienten nach den Regeln über den prozessualischen Zwischenstreit durch ein Zwischenurtheil zu entscheiden. Gegen dieses Urtheil findet in Stelle der Rechtsmittel der Berufung oder Revision, deren Gestattung, wie die in Hannover gemachten Erfahrungen beweisen, mit formellen Schwierigkeiten verbunden sein würde (hannov. Prot. X 3863, 64), die sofortige Beschwerde (§. 516) statt. Aehnliche Vorschriften geben Württemberg Art. 101, preuß. Entw. §§. 727 ff., nordd. Entw. §§. 106, 815 Nr. 1, 820. Bis zur rechtskräftigen Feststellung der

Unzulässigkeit wird der Nebenintervenient zu dem Prozesse zugezogen. Diese Bestimmungen beruhen auf dem Gedanken (vgl. preuß. AGO. I 17 §. 17, V. v. 1. Juni 1833 §. 58), daß durch die Intervention der Gang des Hauptprozesses nicht aufgehalten werden soll.

„Für das Urtheil des Gerichts auf Zulassung der Nebenintervention erklärt der §. 67 für maßgebend, daß der Nebenintervenient sein Interesse, wenn nöthig, glaubhaft macht (§. 251). Ebenso bestimmen der gemeinrechtliche Prozeß — Wetzell Ed. III S. 50 — Hannover §. 35, hannov. Entw. §. 60, nordd. Entw. §. 106, Württemberg Art. 97.

„Baden §. 113 und der preuß. Entw. §. 733 schreiben in Betreff des Verhältnisses der Nebenintervention zur Streitverkündung ausdrücklich vor, daß derjenige, welcher sich an einem Prozesse als Nebenintervenient betheiligt hat, die Versäumung der Streitverkündung nicht geltend machen darf. Eine solche generelle Bestimmung erscheint aber nicht zweckmäßig, da ihr Inhalt meistens sich von selbst verstehen wird, andererseits aber, da der freiwillige Beitritt des Nebenintervenienten erst im späteren Verlaufe des Rechtsstreits erfolgt sein, oder auch die Betheiligung des Intervenienten später aufgehört haben kann, in dem einzelnen Falle zu entscheiden sein wird, ob die Nebenintervention die Litisdenunziation deckt".

1) Bei der Berathung über diesen Paragraphen in der Reichstagskommission beantragte der Abg. Dr. Bähr, den Paragraphen zu streichen und motivirte seinen Antrag wie folgt:

„Entweder will die Partei, welcher der Nebenintervenient Beistand leistet, ihn zulassen; dann hat der Gegner kein Recht, dies zu verweigern. Oder sie will ihn nicht zulassen; dann ist damit seine Unzulässigkeit entschieden, weil er sich (nach §. 64) nicht mit der Hauptpartei in Widerspruch setzen darf".

Der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg „hält es für bedenklich, diesen Paragraphen zu streichen. Man könne es der Partei nicht gestatten, soviel Nebenintervenienten zuzuziehen, als ihr beliebe. Der Gegner dürfe nicht in die Lage gebracht werden, sich ohne wirklichen Grund gegen viele Nebenintervenienten vertheidigen zu müssen. Daraus aber, daß die betreffende Partei einen Nebenintervenienten nicht zulasse, folge noch nicht, daß die Nebenintervention überhaupt nicht zulässig sei".

Diese Ausführungen gegen den Bähr'schen Antrag sind gewiß zutreffend; insbesondere ist sehr wohl im Laufe des Prozesses ein Gesinnungswechsel der unterstützten Partei denkbar, so daß sie später mit der Prozeßführung des wider ihren Willen zugelassenen Intervenienten wohl einverstanden ist. Setzt freilich die unterstützte Partei ihren Widerstand gegen die

Intervention fort, so kann sie durch ihren Widerspruch alle Handlungen des Intervenienten vereiteln, welche nicht mit den ihrigen zusammenfallen. Anders nur für die Fälle des §. 66.

2) Wenn der Nebenintervenient sein Interesse glaubhaft gemacht hat (§. 266), so muß ihn das Gericht zulassen. Wegen des Rechtsmittels der sofortigen Beschwerde ist §. 540 zu vergleichen.

3) An eine bestimmte Frist ist der Antrag auf Zurückweisung nicht gebunden. Bis zur rechtskräftigen Zurückweisung wird der Intervenient im Hauptverfahren beigezogen. Dieß gilt nicht bloß für den Fall eines Zurückweisungsantrags, sondern nur um so mehr, wenn ein solcher gar nicht vorliegt. M. a. W. der Nebenintervenient muß wie ein Streitgenosse geladen werden (§. 60); nur umgekehrt gilt für ihn nicht die Pflicht des Streitgenossen (§. 60).

So lange der Nebenintervenient im Verfahren zugezogen bleibt, sind seine dem §. 64 entsprechenden Prozeßhandlungen wirksam. Die spätere Zurückweisung desselben hat keine rückwirkende Kraft.

4) Ueber die Kosten der Nebenintervention vgl. §. 96.

---

§. 69. (§. 68 des Entw.)

Eine Partei, welche für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden.

Der Dritte ist zu einer weiteren Streitverkündung berechtigt.

Motive: „Gemeinsam ist der Streitverkündung mit der Nebenintervention, daß die ungünstige Entscheidung des Rechtsstreits Einfluß üben kann auf die Rechtsverhältnisse, welche zwischen der Hauptpartei und einem Dritten bestehen. Unterscheidend ist, daß der Nebenintervenient aus freiem Willen in den Prozeß eintritt, um der Hauptpartei durch seine Unterstützung zu einem obsieglichen Endurtheile zu verhelfen, während bei der Streitverkündung die Initiative von der betreffenden Prozeßpartei ausgeht, welche den Dritten in den Prozeß hineinzieht, um mit dessen Hülfe den Prozeß zu gewinnen, oder im Falle des Unterliegens sich für die zwischen ihr und dem Dritten vorzunehmende Auseinandersetzung gegen den Einwand zu schützen, jener Rechtsstreit sei mangelhaft geführt oder unrichtig entschieden.

„Gleich dem preuß. Entw. §. 733 und dem nordd. Entw. §. 123 bleibt dem bürgerlichen Rechte die Bestimmung überlassen, in welchen Fällen eine Partei zur Streitverkündung verpflichtet ist und welche Folgen in diesen Fällen die Unterlassung der Streitverkündung nach sich zieht. Dagegen normirt der Entwurf die prozessualische Zulässigkeit, Form und Wirkung der Streitverkündung. Unterstellt ist dabei, daß dieselbe gerichtlich erfolgt; nach dem preußischen Prozeßrechte AGO. I 17 §. 9 —, dem hannov. Entw. §. 61 und nach Württemberg Art. 103 darf sie überhaupt nicht anders als gerichtlich erfolgen.

„Der §. 68 bestimmt, daß die Streitverkündung — abgesehen von den civilrechtlichen Fällen ihrer Nothwendigkeit — für jede Partei statthaft ist, welche im Falle des Verlustes des Prozesses Regreßansprüche zu erheben oder Ansprüche wegen mangelhafter Prozeßführung zu besorgen hat. Während Hannover §. 41 die Streitverkündung nur „mit Rücksicht auf Ansprüche an Dritte" und der hannov. Entw. §. 61, sächs. Entw. §. 327, Baden §. 116, Württemberg Art. 102, Bayern Art. 69 dieselbe nur dann zulassen, wenn die Partei für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt, gestattet der Entwurf — übereinstimmend mit dem preuß. Entw. §. 732, dem nordd. Entw. §. 107 und dem hess. Entw. Art. 92 — die Streitverkündung ebensowohl, wenn die Partei für den Fall des Unterliegens im Prozesse den Anspruch eines Dritten besorgt. In diese Kategorie gehören beispielsweise die zahlreichen Fälle aus dem Gebiete des Handelsrechts, insbesondere der Kommission, der Spedition, des Frachtgeschäfts, der Versicherung 2c., in denen ein Prozeß auf Gefahr und für Rechnung eines Dritten geführt wird.

„Die Streitverkündung wird in Uebereinstimmung mit dem nordd. Entw. §. 107 freigegeben bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits. Sie kann also auch in höherer und abweichend von der preuß. AGO. I 17 §. 15, Verord. v. 1. Juni 1833 §. 57 und dem preuß. Entw. §. 735 noch in dritter Instanz geschehen [1]). Welche Folgen es für das Rechtsverhältniß zwischen dem Streitverkünder und dem Dritten hat, wenn die Streitverkündung nicht rechtzeitig geschieht, bestimmt sich im Allgemeinen nach dem bürgerlichen Rechte, und in Betreff der beschränkteren prozeßrechtlichen Wirkung der verspäteten Litisdenunziation nach §. 70 Abs. 3.

„Nach der Schlußbestimmung des §. 68 ist der Dritte zu einer wei-

---

[1]) Unverständlich bleibt, wie Siebenhaar, Commentar §. 70 Note* a. E. (S. 120) gegenüber den Gesetzesworten: „bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreites" den Satz aufstellen konnte: „In der Revisionsinstanz ist die Streitverkündung zwecklos und daher nicht mehr zuläßig."

teren Streitverkündung berechtigt. Daß der Litisdenunziat hierin die gleiche Berechtigung wie die Prozeßpartei haben soll, beruht auf den gleichen allgemeinen Gründen, ist allgemeines Prozeßrecht (vgl. für Preußen von Rönne, Ergänzungen Bd. III S. 369, hannov. Entw. §. 61 in fine, Württemberg Art. 106, Bayern Art. 69, preuß. Entw. §. 732, nordd. Entw. §. 112) und ist nicht davon abhängig, daß der erste Litisdenunziat dem Prozesse beitritt."

1) Streitverkündung ist Aufforderung Seitens einer Prozeßpartei an einen Dritten, als Nebenintervenient zu ihrer Unterstützung am Prozesse sich zu betheiligen.

Sie ist nach §. 69 unter folgenden alternativen Voraussetzungen zulässig:

a) wenn eine Partei glaubt, sie habe für den Fall ihres Unterliegens Regreßansprüche gegen den Dritten;

b) wenn sie besorgt, der Dritte habe im Falle ihres Unterliegens gegen sie Regreßansprüche.

Ob der Glaube oder die Besorgniß begründet sind oder nicht, unterliegt keiner Prüfung.

Wann Ansprüche gegen den Dritten oder gegen die Partei für den Fall ihres Unterliegens begründet sind, beantwortet sich aus dem bürgerlichen Rechte.

Ad a vgl. für das Gemeine Recht z. B.: Windscheid, Pandd. §§. 389, 392, 476, 336, 439 Anm. 3; Art. 452 des HGB.; Wechselordnung Art 50, 51; für das preußische Recht: Förster, Preuß. Priv.-Recht I §. 90 Note 45, §. 95, §. 99, II §. 128, §. 144, §. 154, III §. 234; für das sächsische Recht: bürgerl. Gesetzbuch §§. 510, 930—946, 971, 1471 ff., 1495, 1556; für das französische Recht: Zachariä, Handbuch §§. 309, 355.

Ad b vgl. z. B. Art. 370, 384 des HGB. Hieher gehören überhaupt die Fälle, wo Jemand, der mit oder ohne Auftrag die Geschäfte eines Anderen besorgt, anläßlich seiner Geschäftsführung in einen Rechtsstreit für Rechnung des Geschäftsherrn verwickelt wird, weil er es an der nöthigen Sorgfalt hat mangeln lassen. Uebereinstimmend das Preuß. Recht (Förster a. a. O. §§. 141, 149); das französische Recht (Zachariä a. a. O. §§. 413, 441); das sächsische Recht (bürgerl. Gesetzb. §. 1302).

2) Eine Pflicht zur Streitverkündung stellt §. 69 nicht auf. Ob eine solche besteht oder nicht, ist eine civilrechtliche Frage. §. 740 der Civilprozeßordnung enthält eine dießbezügliche civilrechtliche Bestimmung. (Vgl. die Erläuterung zu diesem §.) Außerdem gehören hieher nach Gemeinem Rechte die Fälle der Eviktion (vgl. Windscheid, Pandd. a. a. O.);

Seuffert, prakt. Pandektenrecht (4. Aufl.) §. 269 Nr. 3. Ebenso nach Preuß. Recht (vgl. Förster a. a. O. §. 86 V), französischem Recht (Zachariä a. a. O. §. 355 zu Note 23 u. 24 [4. Aufl.]), sächsischem Recht (bürgerl. Gesetzb. §§. 933—935). Nach Preußischem Recht besteht eine Pflicht zur Streitverkündung auch noch für den Assignatar gegenüber dem Assignanten (Förster a. a. O. §. 95 zu Note 24).

3) Wenn §. 69 „gerichtliche" Streitverkündung zuläßt, so schließt er damit die außergerichtliche Streitverkündung nicht aus. Gemeinrechtlich genügt diese zur Wahrung des Evinktionsanspruchs. (Wetzell, System 3. Aufl. S. 53 f.) Ohne Grund lehrt das Gegentheil Lothar Seuffert a. a. O. §. 70 Nr. 3 a. E.

---

§. 70. (§. 69 des Entw.)

Die Streitverkündung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist.

Abschrift des Schriftsatzes ist dem Gegner mitzutheilen.

Motive: „Der §. 69 bestimmt die Form der gerichtlichen Streitverkündung. Dieselbe geschieht dadurch, daß der Streitverkünder dem Dritten einen Schriftsatz zustellt, welcher den Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben hat. Diese beiden Bestandtheile des Schriftsatzes geben dem Dritten neben der ihm durch §. 261 gestatteten Einsicht der Prozeßakten das erforderliche Material, auf Grund dessen er seine Erklärung über die Streitverkündung abgeben kann. Abschrift des Schriftsatzes ist — wie der nordd. Entw. §. 114 noch ausdrücklich hinzufügt, durch den Streitverkünder — dem Gegner mitzutheilen. Nach dem preußischen Prozesse, nach Hannover §. 41, hannov. Entw. §. 61 sind dem Dritten die bisherigen Prozeßverhandlungen in Abschrift mitzutheilen. Dies führt aber zur Vielschreiberei und ist auch nicht immer ausreichend zur Information des Dritten, wenn z. B. der vorbereitende Schriftwechsel nicht stattgefunden hat, oder im amtsgerichtlichen Verfahren (§. 450).

„Besondere Vorschriften über die Bestimmung und etwaige Verlegung des Termins zur mündlichen Verhandlung in der Hauptsache mit Rücksicht auf eine Streitverkündung sind für entbehrlich gehalten, da in dieser Hinsicht die allgemeinen Vorschriften über Termine und Fristen maßgebend und ausreichend sind. Wegen einer Streitverkündung findet eine Aussetzung des Hauptprozesses nicht statt."

1) Die Form der gerichtlichen Streitverkündung besteht in Zustellung eines Schriftsatzes. Auf die Zustellung bezw. die Erfordernisse dieses Schriftsatzes im Allgemeinen finden die §§. 152—190 und 121—124 sinngemäße Anwendung.

2) Die Streitverkündung ist eine Prozeßhandlung d. h. eine vor dem Prozeßgericht vorgenommene Handlung, deßhalb kann sie in den am Landgerichte oder einem höhereren Gerichte anhängigen Prozessen nur durch Anwälte bewerkstelligt werden (§. 74). Für das amtsgerichtliche Verfahren vgl. §. 462 a. E.

3) Außer den allgemeinen Erfordernissen der Schriftsätze muß der die Streitverkündung bezweckende Schriftsatz enthalten:

a) Angabe des Grundes der Streitverkündung d. i. Angabe des recht lichen Verhältnisses, wegen dessen der Streitverkünder glaubt, einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen den Dritten erheben zu können oder einem solchen Anspruch des Dritten ausgesetzt zu sein, für den Fall er unterliegen sollte (§. 69).

b) Angabe der Lage des Rechtsstreits. Es muß daher z. B. bemerkt sein, daß nach Erledigung der prozeßhindernden Einreden die Verhandlung der Hauptsache vertagt sei, oder daß der Beklagte eine Widerklage erhoben, daß und welcher Beweis angetreten sei 2c. — Hat der Schriftsatz diesen Inhalt nicht, so braucht der Dritte die Streitverkündung nicht als rite geschehen gelten zu lassen. Wo daher Civilgesetze lediglich gerichtliche Streitverkündung kennen, da genügt der Streitverkünder seiner Verkündungspflicht in diesem Falle nicht.

---

§. 71. (§. 70 des Entw.)

Wenn der Dritte dem Streitverkünder beitritt, so bestimmt sich sein Verhältniß zu den Parteien nach den Grundsätzen über die Nebenintervention.

Lehnt der Dritte den Beitritt ab, oder erklärt er sich nicht, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt.

In allen Fällen dieses Paragraphen kommen gegen den Dritten die Vorschriften des §. 65 mit der Abweichung zur Anwendung, daß statt der Zeit des Beitritts diejenige Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt in Folge der Streitverkündung möglich war.

Motive: „Der §. 70 regelt die prozessualischen Folgen der Streitverkündung, je nachdem der Dritte dem Streitverkünder beitritt oder aber den Beitritt ausdrücklich oder stillschweigend ablehnt.

„Ersterenfalls bestimmt sich das Verhältniß des beitretenden Dritten zu beiden Parteien nach den Grundsätzen über die Nebenintervention (§§. 63—67). Desgleichen bestimmen alle deutschen Prozeßgesetze, z. B. Hannover §. 41, Baden §. 120, Württemberg Art. 104, Bayern Art. 70, hannov. Entw. §. 61, preuß. Entw. §. 734, nordd. Entw. §. 108. Es bedarf daher auch keiner besonderen Bestimmung, in welcher Form der Dritte den Beitritt erklärt.

„Der preußische Entwurf §. 740 bestimmt im Gegensatze zu dem §. 727 (im Falle der Nebenintervention), daß der Gegner nicht befugt ist, die Zulässigkeit der Streitverkündung zu bestreiten, und rechtfertigt dies damit, daß der Streit über die Zulassung der Streitverkündung den Prozeß zu sehr aufhalten und den Streitverkünder in die Gefahr bringen würde, Rechte zu verlieren, die er gar nicht wider den Gegner in Anspruch nehme. Die norddeutsche Kommission hat die Aufnahme dieser Bestimmung mit überwiegender Majorität abgelehnt. Man hielt dafür, heißt es in den Prot. I S. 165, „daß durch diese an sich nicht klare Bestimmung das Interesse des Gegners in nicht gerechtfertigter Weise verletzt werde und daß ein Bedürfniß für den Erlaß einer solchen Bestimmung überall nicht vorliege." Der Entwurf ist dem nordd. Entw. gefolgt und hat dem Gegner des Litisdenunzianten den Widerspruch gegen den Eintritt des Litisdenunziaten in den Prozeß nicht genommen.

„Für die Gestattung dieses Widerspruchsrechts sprechen die gleichen Gründe, aus denen es bei der Nebenintervention dem Prozeßgegner gestattet ist, der Hineinziehung eines Dritten in den Prozeß entgegenzutreten. Andernfalls würde durch ein nicht schwierig herbeizuführendes Einverständniß zwischen der Hauptpartei und dem Dritten der Gegner das Recht zum Widerspruche verlieren, wenn die Nebenintervention in die Form der Streitverkündung eingekleidet wird. Die Mittheilung des die Streitverkündung enthaltenden Schriftsatzes an den Gegner setzt denselben zur Erklärung über den Beitritt des Litisdenunziaten in den Stand und ist außerdem durch §. 67 Abs. 3 geboten, da der Litisdenunziat zu den Verhandlungen des Prozesses von der ladenden Partei zugezogen werden muß.

„Wenn dagegen der Dritte den Beitritt ablehnt oder sich auf die Streitverkündung nicht erklärt, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn unter den Parteien fortgesetzt. Der Litisdenunziat bleibt aber desungeachtet berechtigt, insofern die Voraussetzungen des §. 63 vorliegen, dem Prozesse als Nebenintervenient beizutreten.

„Da das Rechtsverhältniß zwischen dem Streitverkünder und dem Dritten kein unmittelbarer Gegenstand des ausschließlich unter den Parteien anhängigen Rechtsstreits ist und da die Wirkung der geschehenen Streitver-

kündung unter den ersteren Personen allein zu verhandeln ist, so sind über dieselbe in dem Endurtheile des Rechtsstreits keine Feststellungen zu treffen. Die Praxis der preußischen Gerichte war bisher keine gleichmäßige — vgl. von Rönne Bd. III S. 370 — obwohl die hier vertretene richtigere Ansicht vorherrschend ist. Derselben nach Vorgang des nordd. Entw. §. 111 im Gesetze den entsprechenden Ausdruck zu geben, erschien bei der prinzipiellen Richtigkeit und Selbstverständlichkeit des Satzes nicht geboten.

„Aus den zu §. 65 erörterten Gründen ist als Folge der Streitverkündung für das Rechtsverhältniß unter dem Streitverkünder und dem Dritten festgesetzt, daß in allen Fällen — mag also der Dritte dem ihm verkündeten Streite beitreten oder nicht — gegen ihn die Vorschriften des §. 65 in Anwendung kommen; jedoch mit der Abweichung, daß statt der Zeit des Beitritts diejenige Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt in Folge der Streitverkündung möglich war (vgl. preuß. Entw. §. 736).

„In den Prozeßordnungen von Hannover §. 41, Baden §. 119, Württemberg Art. 106, Bayern Art. 70, im hannov. Entw. §. 61 und im nordd. Entw. §. 108 ist ausdrücklich ausgesprochen, daß der Beitritt des Litisdenunziaten nicht als Anerkenntniß gelte, daß der Streitverkünder den Rückgriff wider ihn habe. Diese Schlußfolgerung liegt keineswegs im Wesen der Sache und bedarf daher nicht der Ausschließung durch das Gesetz. Es ist vielmehr im einzelnen Falle Sache der freien richterlichen Würdigung, ob aus dem Beitritte und den Umständen, unter denen er erfolgte, Beweisgründe für eine Vertretungspflicht des Litisdenunziaten entnommen werden können."

1) Aus Abs. 1 dieses Paragraphen folgt:

a) Der Beitritt des Litisdenunziaten geschieht in der Form des §. 67.

b) Dieser Beitritt muß nicht sogleich, sondern kann in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung desselben, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels, erfolgen (§. 63 Abs. 2).

c) Der Litisdenunziat hat die prozessualen Rechte des Nebenintervenienten gemäß §. 64.

d) Er wird in Folge seines Beitritts mit der Behauptung gegenüber dem Denunzianten nicht gehört, daß der Rechtsstreit, wie er dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei; ebenso wird er mit der Behauptung, daß der Denunziant den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als dieß bei dem Nebenintervenienten nach §. 65 der Fall ist. An diesem Punkte greift übrigens Abs. 3 des §. 71 ein, so daß der Denunziat mit der letzteren Behauptung auch nur insoweit gehört wird, als

er durch die Lage des Rechtsstreits zu der Zeit, da sein Beitritt möglich war, an der Einwirkung auf den Rechtsstreit verhindert wurde.

e) Unter der Voraussetzung, daß die Rechtskraft der Entscheidung des Hauptprozesses auch auf das Verhältniß zwischen dem Denunziaten und dem Gegner wirkt, gilt jener im Sinne des §. 58 als Streitgenosse des Denunzianten.

f) Der Gegner kann Antrag auf Zurückweisung des beigetretenen Denunziaten stellen, über welchen zwischen ihm und den Parteien nach §. 68 Abs. 1 zu verhandeln ist, und der abgewiesen werden muß, wenn der Denunziat sein Interesse bescheinigt. Gegen die Entscheidung über den Antrag ist sofortige Beschwerde zulässig (§. 68 Abs. 2).

f) Der Denunziat ist zum Hauptverfahren zuzuziehen, so lange nicht die Unzulässigkeit seiner Theilnahme rechtskräftig ausgesprochen ist. (§. 68 Abs. 3.)

2) Im Falle der Ablehnung oder des Schweigens des Denunziaten wird prozessual die Streitverkündung als nicht vorhanden betrachtet. (Abs. 2.)

3) Nach Abs. 3 gilt die sub Nr. 1 d bezeichnete Folge auch dann, wenn der Denunziat nicht beitritt.

4) Die nach §. 70 erfolgte Streitverkündung des Wechselbeklagten an einen Wechselregreßpflichtigen unterbricht die Verjährung des Regreßanspruchs. (Wechselordnung Art. 80 Abs. 2.)

5) Die Ansicht der Motive, daß der Beitritt des Denunziaten als solcher selbstverständlich keine Anerkennung seiner Regreßpflicht gegen den Denunzianten bedeute, findet in den Verhandlungen der Reichstagskommission durch Ablehnung des Antrags Struckmann, diesen Satz ausdrücklich auszusprechen, Bestätigung. (Komm.-Prot. S. 26, 27.)

6) In Betreff der durch eine Streitverkündung veranlaßten Prozeßkosten sind die allgemeinen Vorschriften über den Ersatz der Prozeßkosten entscheidend; das Gericht hat demnach zu würdigen, inwieweit die Streitverkündung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung veranlaßt war (s. §. 87 Abs. 1 §. 96 u. Motive zu §. 85 u. 94 des Entw. Offizielle Ausgabe S. 112, 118. Kortkampf'scher Abdruck S. 436, 438).

Wo der Litisdenunziat zufolge seines Beitritts nach §. 66 als Streitgenosse gilt, kommt geeigneten Falles §. 95 zur Anwendung. (Motive zu §. 94 des Entw. Offizielle Ausgabe S. 118. Kortkampf'scher Abdruck S. 438.)

Daß der Denunziant immer dann, wenn der Denunziat nicht beitritt, die Kosten der Streitverkündung zu tragen habe, ist demnach unzutreffend. (Siebenhaar, Commentar §. 71 S. 121.)

§. 72. (§. 70a der Commissionsvorlage.)

Wird von dem verklagten Schuldner einem Dritten, welcher die geltend gemachte Forderung für sich in Anspruch nimmt, der Streit verkündet, und tritt der Dritte in den Streit ein, so ist der Beklagte, wenn er den Betrag der Forderung zu Gunsten der streitenden Gläubiger gerichtlich hinterlegt, auf seinen Antrag aus dem Rechtsstreite unter Verurtheilung in die durch seinen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten zu entlassen und der Rechtsstreit über die Berechtigung an der Forderung zwischen den streitenden Gläubigern allein fortzusetzen. Dem Obsiegenden ist der hinterlegte Betrag zuzusprechen und der Unterliegende auch zur Erstattung der dem Beklagten entstandenen, nicht durch dessen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten, einschließlich der Kosten der Hinterlegung, zu verurtheilen.

1) Dieser Paragraph verdankt den auf Antrag der Abgg. Dr. Bähr, Becker, Struckmann und Wolffson von der Reichstagskommission gefaßten Beschlüssen seine Entstehung. Derselbe beschäftigte die Kommission sowohl bei erster wie bei zweiter Lesung des Entwurfs. Bei der ersten Lesung wurde allein von Dr. Bähr Antrag auf Einsetzung des Paragraphen gestellt und zwar in folgender Fassung:

„Wird von dem verklagten Schuldner einem Dritten, welcher auf die eingeklagte Forderung gleichfalls Anspruch macht, der Streit verkündet, und tritt der Dritte in den Streit ein, so ist der Beklagte, wenn er den Betrag der Forderung zu Gunsten der streitenden Gläubiger gerichtlich hinterlegt, auf seinen Antrag aus dem Rechtsstreite zu entlassen und dieser über die Berechtigung an der Forderung zwischen den streitenden Gläubigern allein fortzuführen. Der Obsiegende erhält den hinterlegten Betrag. Der Unterliegende hat auch die Kosten, welche für den Beklagten entstanden sind, einschließlich der Kosten der Hinterlegung zu ersetzen."

Zur Begründung seines Antrags bemerkte Dr. Bähr:

„Es komme nicht selten vor, daß ein Schuldner von Mehreren wegen einer Forderung in Anspruch genommen werde, während er das Bestehen der Schuld an sich gar nicht bestreite. Der Schuldner werde solchenfalls das Opfer fremden Streites, wenn er nicht die Befugniß habe, den Streit auf die wahren Betheiligten abzuleiten. Es müsse ihm die Füglichkeit geboten werden, sich durch Hinterlegung des Betrages und durch Zuziehung des betreffenden Dritten vom Prozesse loszumachen. Die Beiladung des Dritten würde unter den Gesichtspunkt der Streitankün-

bigung fallen. Vorschriften der fraglichen Art fänden sich in manchen Partikularrechten, z. B. im hessischen, vor und hätten sich als sehr praktisch bewährt."

Der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg sprach in dieser Lesung seine volle Sympathie mit dem Antrage aus und erklärte sich vom Standpunkte des Gemeinen Rechts mit demselben vollkommen einverstanden. Nur wisse er nicht, ob sich der Satz ohne Weiteres auch auf dem Gebiete des französischen und des preußischen Rechtes werde durchführen lassen, und wolle daher die Aussetzung der Abstimmung anregen.

Für das preußische Recht wurde diese Möglichkeit vom Abg. Dr. Gneist behauptet. Der Reg.-Kommissär Held bemerkte gegenüber dem Abg. Reichensperger, der Antrag Bähr stehe, soweit er den Kostenpunkt betreffe, mit §. 87 des Entwurfes (= §. 89 der CPO.) im Einklang.

Abg. Struckmann erklärt die Bestimmung als auch für das rheinische Recht passend.

Ueber die angeregte Aussetzung lag ein bestimmter Antrag nicht vor, weßhalb über den Antrag Bähr abgestimmt wurde, der hiedurch zur Annahme gelangte (Komm.-Prot. S. 27, 28).

Bei der zweiten Lesung beantragten die Abgg. Dr. Bähr, Becker Struckmann und Dr. Wolffson,

den Schlußsatz dahin zu ergänzen, daß der Unterliegende nur in die dem Beklagten entstandenen, nicht durch dessen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten zu verurtheilen sei,

weil die die Kosten betreffende Vorschrift des Antrags Bähr zu allgemein sei.

Direktor von Amsberg hatte gegen den beantragten Zusatz für den Fall der Beibehaltung des Paragraphen nichts einzuwenden, ersuchte jedoch jetzt, den ganzen Paragraphen zu streichen. Er verwies auf seine bei der ersten Lesung bezüglich des französischen und preußischen Rechtes geäußerten Zweifel und erklärte, daß der Aufnahme des Paragraphen in das Gesetz vom Standpunkt des preußischen Rechtes die größten Bedenken entgegenstünden, während sie für das Gemeine Recht nicht absolut nothwendig sei, weil der darin ausgesprochene Grundsatz (namentlich in Folge wissenschaftlicher Arbeiten des Abg. Dr. Bähr) allgemein anerkannt wäre.

Abg. Dr. Bähr empfahl der Kommission den beantragten Zusatz; denn es sei möglich, daß der beklagte Schuldner, bevor er sich zur Hinterlegung entschließe, unbegründete Einreden gemacht habe, in welchem Falle kein Grund vorhanden sei, ihn ohne Kosten aus dem Prozesse ausscheiden zu lassen. — Was den Paragraphen selbst anlange, so könne er nicht zugeben, daß der Grundsatz desselben eine die gesetzliche Regulirung erübrigende allgemeine Anerkennung im Gebiete des Gemeinen Rechtes gefunden

habe. Ueberdieß seien die Bedenken vom Standpunkt des preußischen Rechtes nicht genannt worden.

Regierungsrath Hagens entgegnete hierauf: „Der Paragraph sei, vom Boden des Preußischen Rechtes betrachtet, theils überflüssig, theils sehr bedenklich. Nach Preußischem Rechte sei der Schuldner wegen eines wirklich vorhandenen Mangels in der Legitimation seines Gläubigers zur Deposition berechtigt und werde durch eine rechtmäßige Deposition wie durch Zahlung befreit. Die Deposition in diesem Falle sei auf Gefahr und Kosten des Gläubigers erfolgt und der beklagte Schuldner sei einerseits gegen Auferlegung der Prozeßkosten durch §. 87 des Entwurfs, andererseits gegen nochmalige Verurtheilung auf erneuerte Klage des Litisdenunziaten durch §. 70 des Entwurfs geschützt. Auch sei es nach dem Entwurf selbstverständlich, daß mit Einwilligung des klagenden Gläubigers der beklagte Schuldner aus dem Prozesse entlassen uud der Prozeß zwischen dem Kläger und dem beigetretenen Litisdenunziaten fortgeführt werden kann. Insoweit sei also zu einer Bestimmung wie der des Paragraphen kein Bedürfniß. Werde aber die Legitimation des Gläubigers vom Schuldner chikanös, leichtfertig oder sonst unrechtmäßig unter Hinweis auf einen anderen Prätendenten bestritten und der Gläubiger dadurch zur Klage gedrängt, so könne man nicht zulassen, daß der Schuldner sich ohne Weiteres aus dem Prozesse ziehe, indem er jetzt dem dritten Prätendenten den Streit verkünde und die Streitsumme deponire.

„Nach Preußischem Rechte gelte der Satz, daß auch die wirklich erfolgte Deposition dann, wenn die vom Schuldner der Legitimation des Gläubigers entgegengesetzten Zweifel als unerheblich verworfen werden, die Stelle der Zahlung nicht vertrete, daß vielmehr die Deposition auf Gefahr und Kosten des Schuldners geschehen sei, und daß ein Streit über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der Deposition zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ausgetragen werden müsse. Gegen diesen Satz verstoße der Paragraph. Der Gläubiger könne die Verurtheilung seines Schuldners zur Zahlung verlangen und dürfe nicht gezwungen werden, sich statt an seinen Schuldner an einen beliebigen zur Kostenerstattung vielleicht unfähigen Dritten zu halten.

„Der beantragte Zusatz bezüglich der Kosten reiche nicht aus. Wenn der Schuldner aus dem Prozesse entlassen sei, mit wem solle verhandelt werden, ob der Widerspruch unbegründet gewesen sei? und wem sollen die durch einen unbegründeten Widerspruch verursachten Kosten auferlegt werden? Wer trage die Gefahr der deponirten Streitsumme? Wie stehe es mit den Verzugszinsen ꝛc.? Der Paragraph schaffe nur Verwicklungen; es sei daher gerathen, denselben zu streichen.“

Abgeord. Becker ersuchte um Aufrechterhaltung des Paragraphen, weil das Bedürfniß dazu vorliege. Es werde sich von selbst verstehen, daß der Schuldner, welcher auf seinen Antrag aus dem Prozesse scheide, in die durch seinen ungerechtfertigten Widerspruch erwachsenen Kosten zu verurtheilen sei. Durch Redaktionsverbesserung werde dieß klar gestellt werden können.

Der Paragraph wurde sodann mit dem in zweiter Lesung beantragten Zusatz angenommen (Komm.-Prot. S. 774—776, alias 512—514).

Nach Ablehnung desselben im Bundesrath kam derselbe in der Reichstagskommission zu wiederholter Verhandlung. Es liegen hiezu zwei Anträge vor:

1) der Antrag Thilo, den Paragraphen zu streichen;

2) der Antrag Marquardsen

a) wie Antrag Thilo;

b) eventuell nach den Worten „auf seinen Antrag" dem Schluß des Paragraphen folgende Fassung zu geben: „unter Verurtheilung in die von ihm veranlaßten Kosten aus dem Rechtsstreite zu entlassen und diesen über die Berechtigung von der Forderung zwischen den streitenden Gläubigern allein fortzusetzen. Dem Obsiegenden ist der hinterlegte Betrag zuzusprechen und der Unterliegende auch zur Erstattung der dem Beklagten entstandenen Kosten, einschließlich der Kosten der Hinterlegung, zu verurtheilen, soweit der Beklagte nicht in die Kosten verurtheilt ist."

Als Vertreter der Regierung führte Geheimer Oberjustizrath Kurlbaum (II) aus: „Die Tendenz des Paragraphen sei die, demjenigen, der an dem Streite ein eigentliches Interesse gar nicht habe, von dem Streite zu befreien. Nach der Ansicht der verbündeten Regierungen reichten zu diesem Zwecke schon die Vorschriften des Entwurfs über die Streitverkündung und die Hauptintervention aus. Abgesehen hiervon sei aber auch die Aufnahme des Paragraphen aus anderen Gründen nicht wünschenswerth. Die Befugniß des Schuldners, den Gegenstand seiner Leistung zu deponiren, gehöre dem materiellen Rechte an; das Rechtsverhältniß aber, welches durch eine Deposition auf Grund des Paragraphen begründet werde, bleibe völlig unklar. Nach früheren Aeußerungen des Antragstellers scheine der Letztere selbst nicht anzunehmen, daß eine solche Deposition den Hauptschuldner befreie. Jedenfalls könne die vollständige Regelung der Sache nicht in der Civilprozeßordnung erfolgen und deßhalb müsse die Bestimmung aus der Civilprozeßordnung entfernt werden. Geradezu unrichtig seien die Vorschriften über die Entlassung des Beklagten aus dem Hauptprozeß und über die Tragung der Kosten, sie paßten wenigstens nicht für das materielle Recht, welches in einigen Ländern bestehe. Nach manchen Partikularrechten und auch nach

der Civilprozeßordnung sei der Schuldner unter Umständen verpflichtet, vor dem Prozesse zu deponiren; hier aber werde dem Schuldner erst im Laufe des Prozesses ein Recht zur Deposition eingeräumt, was dahin führe, daß der Beklagte unter keinen Umständen, und selbst wenn er vor dem Prozesse zur Deposition verpflichtet gewesen sein sollte, für die Kosten des Prozesses aufzukommen brauche. Diesen Mangel habe die Kommission — vgl. Protokoll S. 512 — in zweiter Lesung durch Einfügung der Worte:

„nicht durch dessen — des Beklagten — unbegründeten Widerspruch veranlaßten"

abzuhelfen versucht und dieselbe Tendenz verfolge in richtigerer Weise auch der heute vorliegende eventuelle Antrag Marquardsen. Die Regierungen zögen es jedoch vor, den Paragraphen zu streichen, als dessen eventuelle Ergänzung und formelle Berichtigung zu versuchen."

Abg. Dr. Bähr entgegnete: „Die Behauptung, daß die Vorschrift nicht in die Civilprozeßordnung gehöre, könne er nicht zugeben; in das Civilgesetzbuch gehöre sie jedenfalls noch weniger. Es handle sich hier um Dinge, die sich absolut nicht trennen ließen. Der Entwurf selbst kenne in anderen Fällen ganz ähnliche Depositionen, wie sie der vorliegende Paragraph zulasse. Die Absicht, daß hier eigentlich nur ein Fall der Streitverkündung vorliege, theile er ebenfalls. Die Sache sei aber keineswegs zweifellos und bei Streichung des Paragraphen könnten leicht Mißverständnisse entstehen. Die Bestimmung, welche der Sache nach in mehreren Prozeßordnungen enthalten sei, halte er in denjenigen Fällen, wo der Schuldner gleichzeitig von zwei Seiten in Anspruch genommen werde, also nicht zahlen könne, für eine große Wohlthat. Was den Kostenpunkt betreffe, so glaube er, daß etwaige Bedenken durch die in zweiter Lesung von der Kommission beschlossene Aenderung ihre Erledigung finden. Der Annahme des eventuellen Antrags Marquardsen würde er die Hinzufügung eines Zusatzes etwa folgenden Inhalts:

„Soweit der Schuldner vor dem Rechtsstreit zu hinterlegen verpflichtet ist, hat er auch für die Kosten des Rechtsstreits Ersatz zu leisten".

vorziehen, halte aber nach dem Inhalt des Paragraphen einen solchen Zusatz für überflüssig. Er bitte dringend, den Paragraphen beizubehalten."

Geheimer Oberjustizrath Kurlbaum replizirte: „Nach Preußischem Recht sei der Schuldner im Falle des Paragraphen unzweifelhaft verpflichtet, zu deponiren. Dieser Paragraph greife also erheblich in das Preußische Recht ein. Ein Zweifel, ob hier wirklich ein Fall der Streitverkündung vorliege, lasse sich vielleicht vom Standpunkt des Gemeinen Rechtes erheben; vom Standpunkte des Entwurfs aus sei ein solcher Zweifel nicht denkbar. Sollte die Kommission den Paragraphen aufrecht erhalten,

so bitte er eventuell, den Antrag Marquardsen unter 2 b anzunehmen, der wenigstens das Bedenken wegen der Kosten beseitige. Die Störung des materiellen Rechts bleibe dann allerdings bestehen."

Abg. Dr. Bähr erklärte zum Schlusse: „Die Auffassung des Vorredners führe dahin, daß eine Bestimmung, die bisher nur in Preußen gelte, auf ganz Deutschland übertragen wäre. In den meisten andern Ländern bestehe die vom Vorredner erwähnte Verpflichtung des Schuldners zur Deposition nicht."

Nach Schluß der Diskussion wurde zunächst der Antrag Marquardsen unter 2 b abgelehnt. Die weitere Frage, ob der Paragraph entgegen dem Antrage Thilo und den Antrag Marquardsen unter 2 a aufrechterhalten werden solle, wurde mit 12 Stimmen in bejahendem Sinne entschieden (Komm.-Prot. S. 657—659). — Aus der gegenwärtigen Fassung des Paragraphen sind die Worte: „unter Verurtheilung" bis „veranlaßten Kosten" als redaktionelle Aenderung hervorzuheben.

2) Die Entstehungsgeschichte des §. 72 zeigt, daß seine Aufnahme in das Gesetz eine schwere Geburt war. Man wird aber nicht sagen können, daß sie eine unglückliche gewesen sei. Denn wenn auch auf der einen Seite die Hauptintervention dem zweiten Gläubiger ermöglicht, in den Prozeß als Hauptpartei einzutreten, wenn auch anderseits durch den Beitritt des Litisdenunziaten mit Zustimmung aller Theile die gleiche Möglichkeit unter Ausscheiden des Denunzianten erzielt werden kann (vgl. oben zu §. 64 Nr. 3), so ist doch nicht zu verkennen, daß ohne die Bestimmung des §. 72 der Schuldner ein selbstständiges, von dem Consens der übrigen Prozeßsubjekte unabhängiges Recht auf Ausscheiden nicht haben würde, daß er also trotz allen Mangels an Interesse bei der Entscheidung des Prozesses verbleiben und im Falle seines Unterliegens unverschuldete Prozeßkosten erstatten müßte. Von diesem Gesichtspunkte aus wirkt §. 72 gewiß wohlthätig. Nur ist nicht einzusehen, aus welchem Grunde man unterließ, eine ähnliche Bestimmung für den Fall zu treffen, daß der Litisdenunziat dem Streite nicht beitritt.

3) Im Einzelnen enthält §. 72 folgende Voraussetzungen:

a) Der Schuldner muß von einem Gläubiger verklagt sein. Es ist dabei gleichgiltig, ob der Schuldner Haupt- oder Widerbeklagter ist.

b) Ein Dritter muß dieselbe Forderung, aus welcher geklagt ist, für sich in Anspruch nehmen.

c) Der verklagte Schuldner muß deßhalb diesem Dritten den Streit verkünden.

d) Der Dritte muß der Streitverkündung Folge geben und in den Streit eintreten.

e) Der streitige Betrag der Schuld ist gerichtlich zu hinterlegen.

4) Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist der Beklagte in jeder Lage des Rechtsstreits (§. 69) berechtigt, den Antrag zu stellen, daß er aus dem Rechtsstreit entlassen werde.

Der rechtliche Charakter des Ausspruchs, welcher Seitens des Gerichts über den Antrag auf Entlassung ergeht, ist verschieden, je nachdem das Gericht dem Antrag statt gibt oder nicht. Ersternfalls ist der Ausspruch ein Endurtheil. Denn durch diesen Ausspruch soll in dem zwischen dem Kläger und dem beklagten Schuldner anhängigen Rechtsstreit die Endentscheidung getroffen werden. (§. 272.) Diese Klage soll dadurch erledigt sein. Daran ändert die Bestimmung des Paragraphen nichts, „es sei der Rechtsstreit zwischen den streitenden Gläubigern allein fortzusetzen." Denn der Rechtsstreit zwischen diesen ist nur seiner äußeren Erscheinung nach eine Fortsetzung, in juristischer Wirklichkeit ist er ein völlig neuer Rechtsstreit, der sich nur nach Lage der Sache unmittelbar an den ersten anschließt.

Praktisch wichtig ist diese Qualität des Ausspruchs über die Entlassung wegen der Rechtsmittelfrage. Ist die Entlassung als Urtheil und zwar als Endurtheil zu erachten, so findet dagegen Berufung und Revision statt. (§§. 472 u. 507.)

Wird der Antrag des Schuldners abgelehnt, so kann dieß nur in Form eines Zwischenurtheils geschehen (§. 275); denn die Folge dieser Ablehnung ist die Pflicht des Schuldners, den Prozeß mit dem Kläger fortzusetzen. Eine selbstständige Anfechtung dieses Zwischenurtheils findet nicht statt. Es kann nur gleichzeitig mit dem in der Hauptsache ergehenden Endurtheil angefochten und so die Möglichkeit herbeigeführt werden, daß die Entlassung nach §. 72 noch in der Berufungsinstanz ausgesprochen wird.

Mit der Entlassung ist die Verurtheilung des Schuldners in die durch seinen unbegründeten Widerspruch entstandenen Kosten zu erkennen. Der Widerspruch ist stets als unbegründet zu erachten, wenn der Schuldner civilrechtlich verpflichtet war, vor der Klage zu hinterlegen. Außerdem wird es auf die Art seiner Einlassung ankommen. Man nehme an, der Schuldner sei als Erbe eines Darlehnsschuldners verklagt. Leugnet er in diesem Falle die Darlehnshingabe an den Erblasser und zwingt er dadurch den Kläger zur Antretung des Beweises dieser Thatsache, obwohl er von der Darlehnshingabe Kenntniß hat, so ist sein Widerspruch unbegründet, die Kosten des Beweisverfahrens fallen ihm zur Last. — Gibt er dagegen die Darlehnshingabe zu und leugnet er nur die Erbenqualität des Klägers wegen der Behauptung des zweiten Gläubigers, er sei der Erbe, die ihm dieser durch Testamentsvorlage bescheinigt, so wird dieser Widerspruch nicht als unbegründet gelten können.

Möglich ist auch der Fall, daß das Gericht bei dem Entlassungsurtheil den Widerspruch für begründet hielt, während es sich durch die späteren Verhandlungen unter den Gläubigern überzeugt, daß er unbegründet war, indem es z. B. nachträglich erst die Kollusion des Schuldners mit dem zweiten Gläubiger entdeckt oder sonst die Umstände ergeben, daß der Schuldner frivol widersprach. Diese Wahrnehmung kann die Verurtheilung des Schuldners in die Kosten nicht mehr zur Folge haben. Denn er ist bereits aus dem Rechtsstreite entlassen.

Dagegen hat das Gericht allerdings die Verurtheilung des unterliegenden Gläubigers zum Ersatz der dem Beklagten auf seinen unbegründeten Widerspruch erwachsenen Kosten zu unterlassen, während entgegengesetzten Falles diese Verurtheilung zu erfolgen hätte — freilich auch eine Anomalie, die nur durch die positive Vorschrift des Gesetzes aufrecht zu erhalten ist, da nach anerkannten Prozeßgrundsätzen ein Urtheil nur zwischen den Parteien Entscheidung treffen kann. Zusprechung des hinterlegten Betrags erfolgt selbstverständlich nur dann, wenn die streitenden Gläubiger es zum Urtheil kommen lassen. Sie können aber den Streit auch durch Vergleich erledigen, in welchem Falle dieser über die Vertheilung des Hinterlegten Maß gibt.

5) Ob die Deposition für den Schuldner eine sofort befreiende Wirkung habe, ob er dadurch also insbesondere der Pflicht zur Zinszahlung und den sonstigen Wirkungen des Verzugs, z. B. der Haftung für casuellen Untergang des deponirten Schuldgegenstandes entgehe, sind civilrechtliche Fragen, die durch §. 72 nicht entschieden sind. Gemeinrechtlich steht dem Schuldner beweglicher Sachen die Befugniß zu, sich durch Deposition zu befreien, wenn er nicht mit Sicherheit an einen Gläubiger zahlen kann (vgl. Windscheid, Pand. §. 347). Ueber das Preußische Recht vgl. Förster, Preuß. Priv.-R. I §. 92. Ueber das sächsische Recht: Bürgerl. Gesetzb. §. 759.

---

§. 73. (§. 71 des Entw.)

Wer als Besitzer einer Sache verklagt ist, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet, kann, wenn er diesem vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet, bis zu dieser Erklärung oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern.

Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder

erklärt er sich nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klageantrage zu genügen.

Wird die Behauptung des Beklagten von dem Benannten als richtig anerkannt, so ist dieser berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen. Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte im Namen eines Dritten besitzt.

Hat der Benannte den Prozeß übernommen, so ist der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage zu entbinden. Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar.

Motive: „Wer eine Sache in frembem Namen besitzt, ist zwar berechtigt, wenn er auf Restitution oder Exhibition derselben belangt wird, demjenigen, für welchen er besitzt, den Streit zu verkünden, allein er erreicht durch diese Streitverkündung nicht den Erfolg, welcher seinem Verhältnisse zur Sache entsprechend ist. Hat er kein eigenes persönliches Recht an der Sache zu schützen oder will er ein solches Recht nicht schützen, so ist er an dem Ausgange des Rechtsstreits, in welchen er verwickelt werden soll, persönlich nicht interessirt. Er muß daher wünschen, daß er von seinem Autor nicht blos in der Prozeßführung unterstützt, sondern der Last derselben, der Verpflichtung zur Defension der Sache, gänzlich enthoben werde. Um diesem Wunsche gerecht zu werden, bedürfen die Bestimmungen über die Streitverkündung einer Erweiterung. Es muß einerseits die Möglichkeit gegeben sein, daß der Autor den Prozeß auch gegen den Willen des Klägers übernehmen und demgemäß der alieno nomine possidens aus dem Prozesse ausscheiden kann. Andererseits muß aber dem Beklagten gestattet werden, wenn der Autor die Defension nicht übernehmen oder nicht unterstützen will, auch seinerseits die Vertheidigung abzulehnen, ohne für die daraus entspringenden Folgen verantwortlich zu sein. Beide Zwecke erzielt das gemeine Prozeßrecht durch die laudatio auctoris (L. 2 C. ubi in rem actio 3, 19. Wetzell, Ed. III S. 54 bis 57. Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse S. 278 bis 293), ein Institut, welches auch im preußischen Rechte (ALR. I. 7 §§ 165, 166, I. 15 §§. 11 ff.) und in den neueren deutschen Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen (Hannover §. 40, Baden §§. 124—127, Württemberg Art. 107—109, Bayern Art. 74—77, hannov. Entw. §§. 62—67, preuß. Entw. §. 744, nordd. Entw. §. 122) mit mannigfachen Modifikationen Anerkennung gefunden hat. Auch dem französischen Rechte ist die Anschauung, auf welcher die

laudatio auctoris beruht, nicht fremd geblieben, wie der Art. 1727 des Code civ. beweist.

„Wenn auch die laudatio auctoris mannigfach angefochten ist und wenn sie auch für den hauptsächlichsten Anwendungsfall — für die rei vindicatio bei Immobilien — in Folge der Durchführung des Grundbuchsystems ihre praktische Bedeutung verlieren mag, so konnte sich der Entwurf der Aufnahme derselben um so weniger entziehen, als sie nach einzelnen Landesgesetzen in bestimmten Fällen geboten ist (vgl. ALR. l. c., Code civil l. c.).

„Der §. 71 gestattet die Nomination jedem Beklagten, welcher als Besitzer (Detentor) einer Sache — beweglichen oder unbeweglichen preuß. AGO. I, 17 §. 34 — belangt ist, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet. Die Nomination findet also nicht nur bei den dinglichen und diesen gleichgestellten Klagen statt — Baden §. 124, Bayern Art. 74, hannov. Entw. §. 62 — sondern ist bei allen Klagen zulässig, welche nach dem bürgerlichen Rechte gegen den Besitzer einer Sache als solchen erhoben werden können. Insoweit ist sie daher auch bei konfessorischen und negatorischen Klagen möglich (vgl. norbd. Prot. I S. 171, 173). Der sächs. Entw. §. 317 gestattet die Nomination jedem Dritten, welcher wegen einer einseitigen, in redlichem Glauben vorgenommenen Handlung auf Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens verklagt wird, wenn er die Handlung im Auftrage eines Andern vornahm. Eine so weite Ausdehnung des Instituts ist theils entbehrlich, theils wegen der in Betracht kommenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts bedenklich, auch in diesen weitergehenden Fällen ohne innere Berechtigung, da hier der Einwand des unrichtigen Beklagten vorliegen wird, während die Nomination lediglich in dem civilrechtlichen Verhältnisse des Beklagten zum Autor beruht und die Frage nach der Passivlegitimation nicht berührt. Vgl. Wetzell, Ed. III S. 67, nordd. Prot. I S. 170 bis 173.

„Die Nomination erfolgt dadurch, daß vor der Verhandlung zur Hauptsache der Beklagte dem Benannten den Streit verkündet und ihn zu einem Termine behufs seiner Erklärung ladet, gleichzeitig aber dem Kläger den Auktor „benennt." Der Beklagte kann bis zur Erklärung des Benannten oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern.

„Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder unterläßt er, eine Erklärung abzugeben, so braucht der Beklagte den Prozeß nicht weiter fortzusetzen, sondern ist dem Benannten gegenüber berechtigt, dem Klagantrage zu genügen. Anerkennt dagegen der Benannte die Behauptung des Beklagten, so ist er berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten den Prozeß zu übernehmen. Will der Beklagte als Hauptpartei im Prozesse ver-

bleiben, so kann ihm der Benannte nach §. 63 als Nebenintervenient assistiren (vgl. Hannover §. 40). Wird der Rechtsstreit aber von dem Benannten übernommen, so ist der Beklagte auf Antrag von der Klage zu entbinden. Die Zustimmung des Klägers zur Uebernahme des Prozesses durch den Benannten ist nur insofern erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte im Namen eines Dritten besitzt (also in Betreff der causa rei oder im Falle der preuß. AGO. I, 17 §. 40), weil das in dem Rechtsstreite gegen den Benannten ergehende Urtheil in Ansehung der Sache selbst auch gegen den ausgeschiedenen Beklagten für wirksam und vollstreckbar erklärt worden ist, so daß auf Grund desselben gegen ihn die Restitution oder Exhibition der Sache mittelst Zwangsvollstreckung bewirkt werden kann.

„Ueber die civilrechtlichen Fragen, in welchen Fällen eine Benennung des Auktors nothwendig sei und welche Folgen deren Unterlassung nach sich ziehe, enthält sich der §. 71 jeder Bestimmung (vgl. nordd. Entwurf §. 123)."

1) Das Recht zur Benennung des rechten Besitzers steht Demjenigen zu, der als Besitzer einer Sache verklagt ist, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet. Dieses Recht steht daher m. a. W. überhaupt nicht dem beklagten Besitzer (im juristischen Sinne), sondern nur dem beklagten Detentor einer Sache zu. Es steht aber Jedem zu, der Detentor für den Besitzer zu sein behauptet. Auf die Wahrheit dieser Behauptung kommt nichts an. Die Bestreitung derselben Seitens des Klägers führt daher auch nicht zu einem Beweisverfahren, wie nach Art. 76 der bayr. CPO.

2) Welche Klagen sich gegen den Besitzer als solchen richten, hat das bürgerliche Recht zu entscheiden. (Vgl. die Bemerkungen zu §. 27 Nr. 7 oben S. 125.) Nicht hieher gehören gemeinrechtlich die hereditatis petitio und das interdictum quorum bonorum. Denn diese Klagen können gegen den alieno nomine possidens, wie Wetzell (System des Civilprozesses 3. Aufl. S. 57 Note 46) unter Hinweis auf l. 13 §. 12 D. 5, 3 mit Recht behauptet, überhaupt nicht durchgeführt werden. Der beklagte Detentor könnte hier sich nur auf den Einwand beschränken, er sei nicht possessor pro herede oder pro possessore, worauf die Klage abzuweisen wäre. Die laudatio auctoris setzt aber gerade voraus, daß der Detentor die Passivlegitimation habe. Dieß ist nun nach l. 9 D. 6, 1 wohl bei der rei vindicatio, nicht aber bei der hereditatis petitio der Fall, so daß diese durchaus nicht, wie Siebenhaar behauptet, rücksichtlich der Zulässigkeit der laudatio auctoris der rei vindicatio gleichsteht. (Siebenhaar, Commentar §. 73 S. 124 Anm. *.)

Ebensowenig kann die laudatio auctoris in den Fällen der §§. 324 und

534 des sächsischen bürgerl. Gesetzbuchs gegenüber der actio confessoria und negatoria in der Gestalt stattfinden, daß Derjenige, welcher den Besitzakt in fremdem Namen ausgeübt oder die Dienstbarkeit in fremdem Namen realiter gestört hat, die Klage von sich abwenden kann, wenn er seinen Auktor benennt und dieser den Rechtsstreit übernimmt. Denn die laudatio auctoris besteht nach ausdrücklichen Worten des §. 73 Abs. 1 nur für den, der als Besitzer einer Sache verklagt ist. Auch läßt sich keineswegs aus den Motiven zu §. 73 eine ausdrückliche, ja nicht einmal eine stillschweigende Bestätigung jener Anschauung entnehmen (Siebenhaar a. a. O. S. 124).

Im Gegentheile deutet eine Bemerkung der Motive (auf S. 258 Z. 17 ff. v. o.) an, daß jene Fälle ausgeschlossen sein sollen, womit freilich nicht gesagt ist, daß die §§. 324 und 534 des sächsischen bürgerl. Gesetzbuchs durch §. 73 außer Kraft gesetzt wären. Es wird nur die darin dem Beklagten zugesprochene Berechtigung als materiellrechtliche Einrede zu betrachten sein und die Form des Eintretens des Dritten in den Prozeß nach den Regeln der Nebenintervention sich zu richten haben. Was die Anwendung der laudatio auctoris auf dem Gebiete der actio confessoria oder negatoria im Allgemeinen anlangt, so ist zu sagen, daß sie nur dann als zulässig erscheint, wann die Servitut oder das Eigenthum durch die Detention der Sache Seitens des Beklagten gestört ist. Wo dies in der Art vorkommt, daß der Detentor sich selbst ein Recht auf die Sache und deren Detention zuschreibt (Nießbrauch, Pfandrecht), da hat er die Wahl, ob er den Prozeß übernehmen oder unter Aufgabe seines Rechtes von der laudatio auctoris Gebrauch machen will (s. Wernz, Commentar der bayr. CPO. S. 105 Nr. 6, Lothar Seuffert, Commentar §. 73 Nr. 2, Siebenhaar a. a. O. S. 123 Anm. *).

3) Die laudatio auctoris geschieht dadurch, daß der Beklagte dem Auktor vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkündet und ihn unter gleichzeitiger Benennung an den Kläger zur Erklärung über sein Verhältniß zu ihm, dem Beklagten, lädt. Nur in dieser Form ist die laudatio zulässig.

Sie ist also insbesondere nicht mehr zulässig, wenn sie nicht vor der Verhandlung zur Hauptsache erfolgte. Vertagung der Verhandlung zur Hauptsache wahrt die Möglichkeit derselben. Verhandlung zur Hauptsache ist auch die Versäumnißverhandlung, durch den Einspruch wird res integra auch in Bezug auf die Befugniß zur laudatio auctoris. Auch nach Versäumung der laudatio kann der Auktor als Nebenintervenient in den Streit eintreten und unter allseitiger Zustimmung den Prozeß an Stelle des Beklagten als Hauptpartei übernehmen. (S. oben zu §. 64 sub Nr. 3.) Liegt der Fall einer actio confessoria oder negatoria vor und detinirt der Beklagte als

Rechtsnachfolger des Besitzers des Grundstückes in Folge einer während des Prozesses erfolgten Veräußerung, so greift §. 237 ein.

4) Die Wirkung der rechtsgiltigen laudatio auctoris ist zunächst die, daß der Beklagte die Verhandlung zur Hauptsache verweigern kann:

entweder bis zur Erklärung des Auktor,

oder bis zum Schlusse des Termines, in welchem sich der Auktor zu erklären hat; das Erstere, wenn sich der Auktor vor dem Termine oder in dem Termine, zu dem er geladen ist, erklärt, das Letztere, wenn er die Erklärung unterläßt (bezüglich des Schlusses des Termins vgl. §§. 197, 127 Abs. 4, 193 und die Erläuterungen hiezu).

Letzteren Falls oder wenn der Auktor das vom Beklagten behauptete Verhältniß der Stellvertretung im Besitze bestreitet, ist der Beklagte berechtigt, dem Klagantrage zu genügen. Das will sagen: die Unterwerfung des Beklagten unter das Klagspetitum (Herausgabe der Sache, Gestattung der Servitutausübung) ist eine gerechtfertigte gegenüber dem Auktor und schließt jeden Anspruch desselben an den Beklagten dieserhalb aus. Hiedurch ist also eine materiellrechtliche Wirkung der laudatio allgemein ausgesprochen.

Was die Feststellung der Unterwerfung anlangt, so muß dieselbe auf Antrag des Klägers durch Verurtheilung des Beklagten erfolgen (§. 278). Die Kostenfrage ist hiebei nach §. 89 zu entscheiden.

Erkennt der Auktor die Stellvertretung des Beklagten als richtig an, so ist der Auktor mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle als Hauptpartei den Prozeß zu übernehmen berechtigt.

Zustimmung des Klägers wird nur dann erfordert und nur insoweit, als die Ansprüche des Klägers sich auch gegen die Person gerade dieses Beklagten richten. Hieher wären z. B. die Ansprüche aus der Sachbeschädigung, die Ansprüche auf die noch vorhandenen im Besitze des Beklagten befindlichen Früchte der Sache zu zählen.

Hat der Auktor den Prozeß übernommen, sei es mit, sei es ohne Zustimmung des Klägers, so muß die Klage auf Antrag des Beklagten abgewiesen werden. Die Kosten hat der Kläger zu tragen. Der Beklagte kann unter der Voraussetzung des §. 63 als Nebenintervenient wieder in den Streit eintreten. Die Entscheidung zwischen dem Kläger und Auktor, welche zu Ungunsten des Letzteren ausfällt, ist in Ansehung der Sache, um deren Besitz es sich handelte, gegen den ursprünglichen Beklagten nicht blos wirksam — wie z. B. in den Fällen des §. 66 das Urtheil zwischen den Hauptparteien gegen den Nebenintervenienten —, sondern auch vollstreckbar. Zum Zwecke der Vollstreckuung gegen den Beklagten muß der Vollstreckungsklausel die Bemerkung beigefügt werden, daß gegen ihn vollstreckt werden könne. (§. 671 Abs. 1.)

5) Da die laudatio eine Unterart der Streitverkündung ist, so richten sich nothwendig auch die Prozeßformalien nach den für diese geltenden Bestimmungen (§. 70). Was insbesondere die Form der Benennung an den Kläger betrifft, so steht nichts im Wege, daß dieselbe einen Bestandtheil des in §. 70 Abs. 1 und 2 bezeichneten Schriftsatzes bilde. Doch kann sie auch in der mündlichen Verhandlung erklärt werden, bevor zur Hauptsache verhandelt worden. Die Ladung erfolgt durch Aufnahme in den Schriftsatz (§. 191 Abs. 2).

6) Der Paragraph 73 berührt nicht die Frage der Nothwendigkeit einer laudatio auctoris. Sie ist aus dem Civilrecht zu entscheiden. Nothwendig ist dieselbe nach Preuß. Landr. I 7 §. 165, 166, 174 (Förster, Preuß. Privatr. III §. 164 a. E.). Nach Art. 1727 des Code civil besteht nur eine Pflicht zur Streitverkündung, nicht zur Benennung des rechten Besitzers. (S. Zachariä, Handbuch §. 309 Anm. 3.)

7) Wenn der Beklagte von dem Rechte des §. 73 keinen Gebrauch macht, so erübrigt ihm immer noch der Weg einfacher Streitverkündung in jeder Lage der Sache (§. 69). Führt er den Prozeß allein zu Ende, so kann er wohl zur Herausgabe ꝛc. verurtheilt werden; das Urtheil hat jedoch gegen den Auktor keine Rechtskraft. Die Verurtheilung des Detentor erfolgt nicht auf Grund der Annahme einer ficta possessio, sondern wegen wirklich vorhandener facultas restituendi (9 D. 6. 1. Wetzell a. a. O. S. 56 Note 41. Vangerow, Pand. I §. 332 Anm. 3.)

Vierter Titel.

Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

§. 74. (§. 72 des Entw.)

Vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen die Parteien sich durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen (Anwaltsprozeß).

Diese Vorschrift findet auf das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter sowie auf Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, keine Anwendung.

Ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Rechtsanwalt kann sich selbst vertreten.

§. 75. (§. 73 des Entw.)

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, können die Parteien den Rechtsstreit selbst oder durch jede prozeßfähige Person als Bevollmächtigten führen.

Motive: „Die §§. 72, 73 entscheiden die wichtige Frage vom Anwaltszwange dahin, daß

1) vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz die Parteien sich in der Regel durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen müssen;

2) daß dagegen in den Ausnahmefällen des ersten Satzes und in den Rechtsstreitigkeiten vor den anderen Gerichten erster Instanz die Parteien den Rechtsstreit selbst oder durch jede prozeßfähige Person als Bevollmächtigten führen können.

„Während das Verfahren vor den Landgerichten vorbehaltlich der durch §. 72 Abs. 2 gedachten Ausnahmen als „Anwaltsprozeß" konstruirt ist, hat der Entwurf das Verfahren vor den Amtsgerichten derartig eingerichtet, daß die Parteien den Prozeß in Person oder durch Bevollmächtigte, welche nicht nothwendig Rechtsverständige sein müssen, führen können.

„I. Mit den vorstehenden Bestimmungen entspricht der Entwurf im Allgemeinen dem französischen Rechte (Code de proc. art. 9, 85, 414. Code de commerce art 627), der Prozeßordn. für Braunschweig §§. 4, 5, Oldenburg Art. 46 §. 1, Hannover §§. 67, 68, Baden §§. 128, 994, Bayern Art. 78, 79 und den neuen deutschen Entwürfen, insbesondere dem hannov. Entw. §§. 92, 93, dem preuß. §§. 89, 90, 924, dem österreich. von 1867 §§. 102 und 103, dem nordd. §§. 124, 125. Dagegen besteht kein gesetzlicher Anwaltszwang im gemeinen Civilprozesse und nach dem altpreußischen Prozeßrechte. Von den neuen Prozeßgesetzgebungen hat allein Württemberg Art. 111 gegen den Anwaltszwang entschieden. Desgleichen das Genfer Gesetz über die Advokaten, Prokuratoren und Huissiers vom 20. Juni 1834 Art. 8 und der sächs. Entw. §§. 331—334.

„Der allgemeine und innere Grund für das Gebot der Vertretung durch Anwälte in dem Regelverfahren vor den Landgerichten und vor den höheren Gerichten besteht in der Art und Weise, wie dieses Verfahren konstruirt ist. Nach den praktischen Erfahrungen innerhalb der Rechtsgebiete mit gleichen Prozedurformen ist der Anwaltszwang für ein Prozeßverfahren, welches auf den Grundsätzen der Unmittelbarkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Richter und des Prozeßbetriebes — wenigstens in den wesentlichen

Theilen — durch die Parteien beruht, ganz unentbehrlich. Die Verhütung unüberlegt und unrichtig begonnener und geführter Prozesse ist vom Standpunkte des Staatswohls, der Rechtspflege und der prozeßführenden Parteien gleich wünschenswerth. Die Thätigkeit der Gerichte soll nicht ohne wirkliches Bedürfniß und nicht ohne die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit, daß der erstrebte Zweck auch wirklich erreicht werde, in Anspruch genommen werden. Jeder wichtige Prozeß erfordert zur erfolgreichen Durchführung eine gründliche Vorbereitung, welche ohne Rechtskunde und ohne Rechtserfahrung nicht wohl bewirkt werden kann. Das vielfach laut gewordene Bedürfniß nach einer freieren Gestaltung des Dispositionsrechts der Parteien im Prozesse und die gerechtfertigten Wünsche auf Beseitigung des Bevormundungsprinzips machen es zur Nothwendigkeit, die vorbereitenden Stadien des Prozesses, dessen eigentliche Instruktion aus den Händen des Gerichts in diejenigen der Parteien zu verlegen. Werden aber aus diesen Gründen früher richterliche Funktionen den Parteien überlassen, so ist eine Gewähr dafür erforderlich, daß der Prozeßbetrieb in der Hand von Personen ruht, welche eine ähnliche Garantie für die Sorgsamkeit und Zuverlässigkeit ihrer Geschäftsthätigkeit darbieten, wie die Richter. Nur in der Voraussetzung, daß die Vertretung der Parteien durch Personen erfolge, welche kraft ihrer Bildung, ihres Berufs, ihrer Standesehre und ihrer amtlichen Stellung zum Prozeßgerichte solche Garantien bieten, hat der Entwurf im Interesse der freieren Gestaltung des Verfahrens nach Möglichkeit von erschwerenden Förmlichkeiten absehen können. Es bedarf nur des Hinweises auf die präsumtive Vollmacht der Anwälte und die Größe der ihnen beigelegten Befugnisse — §§. 82, 75 —, auf die wechselseitige Mittheilung der Prozeßschriften und Urkunden §§. 174, 122, auf ihre Pflicht zum Halten vollständiger Akten §. 128, auf ihre Befugniß, den Gang des Prozesses zu betreiben und einzuhalten, §§. 184, 195, 220. Aus einer mangelhaften Wahrnehmung dieser Verrichtungen müßten für die Gerichte und die Parteien die bedenklichsten Uebelstände hervortreten. Außerdem ist es für die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte von wesentlicher Bedeutung, daß die verhandelnden Personen neben der erforderlichen Rechtsbildung auch die Fähigkeit besitzen, in freier Rede und Gegenrede den gesammten Inhalt des Rechtsstreits in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung dem Gerichte vorzutragen. Eine diesen Voraussetzungen entsprechende Führung des Rechtsstreits kann aber nur von rechtskundigen Personen erwartet werden, welche in dem Verhandeln vor Gericht ihren Beruf erwählt und darin durch praktische Uebung Gewandtheit erlangt haben. In einem Verfahren, welches auf dem Prinzip der Unmittelbarkeit der Verhandlung beruht, würde überdies durch das Auftreten der Parteien ohne rechtskundigen Beistand die

Gefahr entstehen, daß durch die Leidenschaftlichkeit und Rechtsunkunde der verhandelnden Parteien die Lage der Sache verdunkelt, die Erkenntniß des Rechts erschwert, der Ernst und die Würde der gerichtlichen Verhandlung verletzt werden könnte. Man würde gegen eine solche Partei, welche selbst vor Gericht auftritt und sich dadurch dem Gegner gegenüber in Nachtheil setzt, nicht einwenden können, daß sie sich diesen Schaden durch eigene Schuld zufüge, und auf ihr Recht, sich im Prozesse vertreten zu lassen, müsse verzichten können. Denn die Partei, welche sich durch eigene Prozeßführung schadet, erleidet diesen Schaden, weil die Formen, in denen der Prozeß sich bewegt, ihr unbekannt und unverständlich sind, und diese Formen werden vom Gesetze aufgestellt nicht zu dem Zwecke, um die Partei zu beschädigen, sondern um die Findung des wahren Rechts zu sichern; die selbst auftretende Partei hat nicht den Willen, auf Rechte zu verzichten, und würde in Folge ihrer Rechtsunkenntniß Schaden erleiden.

„Von Wichtigkeit für die vorliegende Frage ist der nicht zu bestreitende Umstand, daß auch für die Rechtsgebiete ohne gesetzlichen Anwaltszwang thatsächlich und insoweit nicht die Gerichte selbst die Funktionen der Anwälte erfüllen, die Parteien nicht ohne Anwalt im Prozesse handeln. So dürfen die Parteien nach dem preußischen Prozeßrechte in den Terminen zur mündlichen Verhandlung zwar ohne Anwalt erscheinen, dagegen ist dessen Mitwirkung für das vorbereitende schriftliche Verfahren mit größter Strenge vorgeschrieben, indem die Abfassung und mindestens Legalisation der Schriftsätze gefordert und in dritter Instanz — §. 23 d Verordnung vom 21. Juli 1846 — in der Regel nur Schriftsätze zugelassen werden, welche von den am Obertribunal angestellten Anwälten unterzeichnet sind. Ebensowenig verkennen es die Motive der württembergischen Prozeßordnung (S. 113), daß auch fernerhin die Vertretung der Parteien durch öffentliche Rechtsanwälte in Streitigkeiten von einigem Belange die Regel bilden werde; gleichwie der entsprechende Bericht der Justizkommission der württembergischen Abgeordneten-Kammer — die Neue Justizgesetzgebung des Königreichs Württemberg Bd. II Abth. 2 S. 133 — es als allgemeine Erfahrung konstatirt, welche sich namentlich auch bei den württembergischen Handelsgerichten erprobt habe, daß, auch wo der Anwaltszwang nicht bestehe, nur ausnahmsweise die Parteien ohne Anwälte auftreten. Außerdem aber sah sich die württembergische Prozeßordnung Art. 114 zu der Vorschrift genöthigt, daß das Gericht im einzelnen Falle unverständliche Schriftsätze der Partei mit der Anweisung zurückgeben solle, sich in dem Rechtsstreite fernerhin durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen. Gleiches verordnet die württembergische Handelsgerichts-Ordnung vom 13. August 1865 §. 58 und bringt auch der sächs. Entw. §. 333 in Vorschlag.

„Die Vorschriften des Entwurfs machen die Parteien nicht mundtodt; sie dürfen jederzeit neben ihren Vertretern den Verhandlungen des Prozesses beiwohnen und die Vorträge der Anwälte beaufsichtigen, ergänzen und berichtigen (§§. 124, 79); das Gericht kann auch im Anwaltsprozesse zum Zwecke des Sühneversuchs das persönliche Erscheinen der Parteien vor Gericht anordnen und bei solcher Gelegenheit das Fragerecht gegen sie ausüben (§§. 258, 126). Im Ehescheidungs- und Entmündigungsprozesse sind noch besondere Vorschriften gegeben, um den nothwendigen Kontakt zwischen dem Gerichte und den Parteien sicher zu stellen (§§. 548, 556, 575). Daneben sind die Bestimmungen über das Armenrecht in liberaler Weise geordnet (§§. 103 ff.), so daß durch die Festsetzung des Anwaltszwanges die Gefahr einer Beschränkung des Rechtswegs nicht zu besorgen ist. Nicht ohne Grund ist daher zu behaupten, daß der Entwurf nur in konsequenter Weise als gesetzliche Regel hinstellt, was bereits ohne den Zwang faktische Uebung war und nach anderen Gesetzgebungen für den einzelnen Fall angeordnet werden durfte. Außerdem ist zur Widerlegung von Argumentationen aus dem Vorgange Württembergs hervorzuheben, daß aus sachlichen Gründen der Entwurf in der Uebertragung des Prozeßbetriebes an die Parteien erheblich weiter geht, als die württembergische Prozeßordnung, z. B. Art. 114, 176, 184, 226, 323, 334 ff., 372 u. s. w., welche die erhöhte Offizialthätigkeit der Gerichte gerade deshalb festhielt, um den Anwaltszwang ausschließen zu können.

„II. Als Vertreter im „Anwaltprozesse" wird nur ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Rechtsanwalt gestattet.

„Ueber den Grundsatz der Lokalisirung der Anwaltschaft will der §. 72 nicht entscheiden, vielmehr wird über dieses Prinzip, über die Verpflichtung der Anwälte, die Vertretung der Prozeßparteien zu übernehmen, und über die andern Verhältnisse der Rechtsanwaltschaft die Anwaltsordnung zu bestimmen haben.

„Der Entwurf setzt voraus, daß schon die Klage im Anwaltsprozesse durch den von der klagenden Partei bestellten Anwalt erhoben wird (§§. 117 Nr. 5, 222). Die instanzeinleitenden Ladungen an den Gegner müssen im Anwaltsprozesse, um ordnungsmäßige zu sein, die Aufforderung enthalten, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen (§§. 185, 290 Nr. 2). Die Bestellung des Anwalts ist dem Prozeßgegner anzuzeigen und bleibt für denselben in Kraft, bis ihm die Bestellung eines anderen Anwalts mitgetheilt ist.

„Der im §. 72 Abs. 1 angeordnete Anwaltszwang läßt die daselbst im Abs. 2 gestattete Ausnahme zu.

„Der Anwaltszwang wird nicht erfordert für Prozeduracte, welche sich

nicht als grundsätzliche Bestandtheile der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte darstellen. Dahin gehören zunächst alle diejenigen einzelnen Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, z. B. die Gesuche betreffend Ablehnung einer Gerichtsperson §. 44, betreffend Festsetzung der zu erstattenden Kosten §. 95, um Bewilligung des Armenrechts §. 106, um Aussetzung des Verfahrens §. 217, um Entbindung von einem Zeugnisse §. 399, betreffend Ablehnung eines Gutachtens §. 358, um Aufnahme von Beweisen zum ewigen Gedächtniß §. 430, betreffend die Anbringung von Beschwerden §. 508, von Arresten und Gesuchen um einstweilige Verfügungen §§. 745, 759 u. s. w. Sodann das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, z. B. §§. 303 ff., 316, 317, 327 Abs. 2, 330, 354, 386, 423. Hier fehlen innere und äußere Gründe des Anwaltszwanges.

„Die Bestimmung des §. 72 Abs. 3, daß ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Rechtsanwalt sich selbst vertreten kann, enthält keine Ausnahme vom Prinzip. Der Entwurf wollte es aber nach dem Vorgange von Bayern Art. 79 nicht unerwähnt lassen, daß der nach §. 62 Abs. 1 befähigte Anwalt in eigenen Prozessen nicht der Vertretung durch einen anderen Anwalt bedarf.

„Die §§. 3, 21 und 23 der preuß. Verordnung vom 21. Juli 1846 dispensiren von dem Zwange der Legalisation die öffentlichen Behörden und die zum Richteramte befähigten Personen; Hannover §. 67 vom Anwaltszwange die am Orte des Prozeßgerichts wohnenden Parteien, welche ein juristisches Examen mit Erfolg bestanden haben; Baden §§. 132—134 zieht ähnliche Ausnahmen. Der Entwurf verwirft in Uebereinstimmung mit dem preußischen und norddeutschen Entwurf alle solche Ausnahmen, da dieselben sachliche Inkonvenienzeu haben, die persönliche Qualifikation bei dieser Frage gar nicht in Betracht kommt und derartige Ausnahmen überdies als Exemtionen von einer allgemein geltenden Vorschrift aufgefaßt werden könnten, zu welchen um so weniger Grund vorliegt, als erfahrungsmäßig die gedachten Personen auch da, wo kein Anwaltszwang besteht, sich in der Regel der Anwälte zur Prozeßführung bedienen.

„III. Den Gegensatz zum Anwaltsprozesse bilden die Prozeßarten, in denen eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist. Bayern Art. 78 hat hierfür den Gattungsnamen „Parteiprozeß". Es gehört hierher das in manchen Beziehungen einfacher und mit weniger Formen konstruirte Verfahren vor den Amtsgerichten, welches auf dem Gedanken beruht, daß die Streitsache in der Regel ohne ein vorangehendes vorbereitendes schriftliches Verfahren im Verhandlungstermine von den Parteien dem Richter zur sofortigen Entscheidung mündlich vorgetragen werde. In den amtsgericht-

lichen Prozeß fallen insbesondere alle geringfügigen Sachen, welche mit Nothwendigkeit ein beschleunigtes und wohlfeileres Verfahren erfordern. Nach dieser Gestaltung des Verfahrens ist für dasselbe die Vertretung der Parteien nicht nur keine sachliche Voraussetzung, sondern es würde sogar die grundsätzliche Trennung und Fernhaltung der Parteien vom Gerichte das Verfahren wesentlich erschweren.

„Im Parteiprozesse kann nach §. 73 von den Parteien jede Person, welche selbst prozeßfähig ist (§§. 50 ff.), zum Bevollmächtigten bestellt werden. Der Entwurf beseitigt die partikularrechtlich bestehenden Beschränkungen in der Auswahl der Prozeßbevollmächtigten, preuß. AGO. I, 3 §. 25, Württemberg Art. 112, preuß. Entw. §. 91, sächs. Entw. §§. 334, 339. Diese Bestimmungen sind kasuistisch und entbehren der prinzipiellen Begründung. Die im preuß. Entw. vorgeschlagene Organisation von Advokaten zweiter Klasse für amtsgerichtliche und handelsgerichtliche Sachen ist als sachlich zweckwidrig und für das Interesse der Rechtspflege bedenklich von dem Entwurf nicht adoptirt. Derselbe geht, wie die §§. 85 Abs. 2 und 137 zeigen, von der Voraussetzung aus, daß nur die Anwälte den Beruf haben, die Prozeßparteien gewerbsmäßig vor Gericht zu vertreten, und tritt dem Entstehen und verderblichen Treiben einer Winkeladvokatur durch §. 137 energisch entgegen. Die im nordd. Entw. §. 127 und anderwärts aufgenommene Bestimmung (vgl. Hannover §. 104), daß nur Anwälte einen klagbaren Honoraranspruch haben, gehört nicht in das Gebiet der Prozeßordnung. Die durch den Entwurf ausgesprochene Freigebung der Prozeßvertretung im Parteiprozesse kehrt zu den Grundsätzen des gemeinen Civilprozesses zurück — Renaud a. a. O. §. 67 und Wetzell, Ed. III §. 12 — ist geltendes Prozeßrecht nach Hannover §§. 68, 104, Baden §§. 128, 130, Bayern Art. 78 Abs. 2 und auch im österreich. Entw. §. 102 und im nordd. Entw. §. 126 vorgeschlagen. Aus dem §. 51 des Entwurfs folgt ohne Weiteres, daß Frauen von der Prozeßvertretung nicht ausgeschlossen sind."

1) Vor den Landgerichten beginnt in der Stufenfolge der Gerichte der Anwaltszwang. Zwischen den einzelnen Kammern der Landgerichte besteht in dieser Hinsicht kein Unterschied. Er gilt daher nicht blos für die Civilkammern, sondern auch für die Kammern für Handelssachen, während der Entwurf den Prozeß vor den projektirten Handelsgerichten als Parteiprozeß gestaltet hatte (vgl. §. 72 des Entwurfs und Motive hiezu: Offizielle Ausgabe S. 99, 100, Kortkampf'scher Abdruck S. 431). Die Reichstagskommission hatte sich schon für den Fall der Beibehaltung der Handelsgerichte zu Gunsten des Anwaltszwanges schlüssig gemacht

(vgl. Komm.-Prot. S. 759—761 resp. 497—499) und ist von ihrem Standpunkte auch nach Annahme der Kammern für Handelssachen statt der Handelsgerichte nicht abgegangen; ein Antrag des Abg. Thilo, die Ausnahme vom Anwaltszwange auch auf das Verfahren vor jenen Kammern auszudehnen, wurde ausdrücklich abgelehnt (Komm.-Prot. S. 739—741).

2) Vor den Landgerichten ꝛc. besteht der Anwaltszwang, d. h. die Prozeduracte in den bei den Landgerichten anhängigen Prozessen können nicht durch die Parteien in Person vorgenommen werden; sie müssen dieselben durch Rechtsanwälte vornehmen lassen. Zu den Prozeduracten gehört sowohl die Abfassung der vorbereitenden und das Verfahren leitenden schriftlichen Aeußerungen, wie insbesondere das Auftreten in mündlicher Verhandlung. Nothwendig vorauszusetzen ist dabei, daß die Parteithätigkeit sich bezieht auf einen bei einem bestimmten Gerichte anhängigen oder anhängig zu machenden Prozeß, m. a. W. daß diese Thätigkeit gegenüber dem Prozeßgerichte sich entfalten will. Deßhalb fallen außerhalb des Anwaltszwangs die Handlungen, welche bei einem höheren Gerichte zum Zwecke der Festsetzung des zuständigen Prozeßgerichts Seitens der Parteien vorgenommen werden. (Vgl. oben zu §. 37 S. 161 Nr. 10.)

3) Die Parteien unterliegen dem Anwaltszwang. Dieser Satz läßt keine Ausnahme für Parteien besonderer Art zu. Ob die Partei rechtsverständig ist, ob sie eine durch rechtsverständige Organe geleitete juristische Person ist, oder eine einzelne rechtsunkundige physische Person, das ist für die Frage des Anwaltszwanges völlig gleichgiltig. Hiedurch tritt für Bayern insbesondere die Veränderung ein, daß es fürderhin nicht mehr angeht, daß der Fiskus besondere Fiskale als Prozeßbevollmächtigte aufstellt, denen im Anwaltsprozeß die Stellung der Rechtsanwälte zukommt (Bayr. CPO. Art. 79 Abs. 3). Freilich ist, wie leicht ersichtlich, eine Umgehung dieser Bestimmung durch den Fiskus dadurch möglich, daß die Staatsregierung zugelassene Rechtsanwälte auf dem Wege des Uebereinkommens ausschließlich für sich verpflichtet, soferne nicht etwa in dieser Richtung die künftige Anwaltsordnung hindernd eingreift. Unter den Begriff „Parteien" fallen auch die gesetzlichen Vertreter prozeßunfähiger Parteien (§§. 50, 54).

4) Dem Anwaltszwang ist nur dann genügt, wenn die Partei einen bei dem Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt mit ihrer Vertretung betraut. Es hängt natürlich die zukünftige Gestaltung der Umstände, unter denen ein Rechtsanwalt als bei einem Gerichte zugelassen gelten kann, vollständig von dem Inhalt der in Aussicht genommenen Anwaltsordnung ab. Da aber die Erlassung einer Anwaltsordnung für das Deutsche Reich nicht gleich der Erlassung einer Gebührenordnung (§§. 1, 2

des EG. z. CPO. und §. 1 des GVG.) die Einführung der CPO. bedingt, so ist der Fall möglich, daß die letztere eine Zeit lang oder vielleicht für immer ohne eine gemeinsame Anwaltsordnung besteht. Für diesen Fall wäre es Sache der Landesgesetzgebung, die Verhältnisse der Anwaltschaft zu regeln [1]). Mag nun diese Regelung in der einen oder der andern Weise erfolgen, so ist jedenfalls darauf hinzuweisen, daß die CPO. selbst der Zulassung von Anwälten bei bestimmten Gerichten nicht entgegensteht, auch wenn die Anwälte nicht am Gerichtssitze wohnen. In diesem Punkte weicht das Gesetz von der bayr. CPO. Art. 79 Abs. 2 ab. — In der Reichstagskommission wurde allseitig anerkannt, daß auch ein bei dem Prozeßgerichte nicht zugelassener Anwalt in der mündlichen Verhandlung auftreten dürfe, wenn ihm von einem zugelassenen Anwalt Assistenz geleistet werde. Der letztere sei jedoch als der Bevollmächtigte der Partei zu betrachten.

5) Durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten muß sich die Partei vertreten lassen. Die Bevollmächtigung richtet sich nach den in den §§. 76—84 aufgestellten Regeln. Der Bevollmächtigte unterscheidet sich daher wesentlich von dem „gesetzlichen Vertreter.“ (§§. 50, 54.) Der Letztere kann nur anstatt einer prozeßunfähigen Partei handeln, muß also im Anwaltsprozeß selbst durch einen Rechtsanwalt als „Bevollmächtigten“ vertreten sein — (s. oben Nr. 3 a. E.). Des Letzteren Thätigkeit ist auf den Prozeß beschränkt, dem Ersteren kommt die Vertretung der prozeßunfähigen Partei vor Allem außerhalb des Prozesses in allen ihren Rechtsangelegenheiten zu.

6) Die Parteien müssen sich durch Rechtsanwälte vertreten lassen. Die Nichtbeachtung dieser kategorischen Vorschrift hat zur Folge, daß die nicht durch einen Rechtsanwalt vertretene Partei als nicht handelnd gilt. Was sie in Beziehung auf den Prozeß ohne Anwalt vornimmt, gilt als nicht vorgenommen. Sie gälte daher z. B. als nicht erschienen, wenn sie allein in der mündlichen Verhandlung anwesend wäre; in solchem Falle würde gegen sie Versäumnißurtheil begehrt werden können. Ebenso kann eine Klage oder ein Schriftsatz im Anwaltsprozeß nicht als vorhanden betrachtet werden, sofern er nicht von einem Rechtsanwalt herrührt. An dieser Nothwendigkeit der anwaltschaftlichen Vertretung wird nichts geändert durch die nur instruktionelle Vorschrift des §. 121 Ziff. 6, welche auch für die Erhebung der Klage (§. 230 Abs. 4) gilt. Denn hier wird nur an die Unterlassung der Unterschrift des Anwalts ein Rechtsnachtheil in der Sache selbst nicht angeknüpft. Dadurch aber wird die allgemeine Bestimmung des §. 74 Abs. 1 nicht berührt. Wenn daher eine Klage erhoben

[1]) Für das Reichsgericht bliebe freilich doch nur der Weg der Reichsgesetzgebung.

wird, von der nicht nachgewiesen werden kann, daß sie durch einen Anwalt gefertigt und bezw. zugestellt wurde, so dürften die Wirkungen der Klagerhebung an eine solche Klage nicht geknüpft werden und die Ladung durch einen nicht vom Anwalte ausgehenden Schriftsatz braucht der Geladene nicht als richtige Ladung anzuerkennen (§. 191).

7) Die Bestimmung des §. 74 Abs. 3 ist nur eine Anwendung des in Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatzes. Denn der als Partei in einem Prozesse auftretende Rechtsanwalt ist in seiner letzteren Eigenschaft Vertreter seiner selbst in der ersteren Eigenschaft. (Vgl. bayr. CPO. Art. 79.) Daraus folgt, daß nicht nur in eigener Sache der Anwalt selbst auftreten, sondern als gesetzlicher Vertreter einer Partei zugleich sein Prozeßvertreter sein kann.

8) Insoweit eine Vertretung durch **Anwälte** nicht geboten ist, findet nach §. 75 die Nothwendigkeit einer **Vertretung** im Prozeß überhaupt nicht statt. Es kann vielmehr jede Partei ihren Rechtsstreit selbst führen. Aber sie muß ihn nicht selbst führen; sie kann sich durch eine **prozeßfähige** Person vertreten lassen, selbstverständlich also auch durch einen Rechtsanwalt. Diese Bestimmung bezieht sich namentlich auf den sogen. Parteiprozeß, d. i. den Prozeß vor den Amtsgerichten und findet hier wohl auch das praktische Anwendungsgebiet. Sie umfaßt aber prinzipiell auch diejenigen Bestandtheile des Anwaltsprozesses, für welche (nach §. 74 Abs. 2) eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist (§. 79 Abs. 2). (Ueber die Eigenschaft der Prozeßfähigkeit sind zu vergleichen oben §§. 50—53.) Eine in eigener Angelegenheit vorläufig nach §. 54 zugelassene prozeßunfähige Person kann nicht Prozeßbevollmächtigter sein.

9) Durch §. 143 ist diese prinzipielle Zulässigkeit der Vertretung durch jede prozeßfähige Person erheblich eingeschränkt, indem dem Gerichte die Befugniß ertheilt ist, in unanfechtbarer Weise solche Prozeßbevollmächtigte, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht gewerbsmäßig betreiben, von dem Auftreten in der mündlichen Verhandlung auszuschließen, wenn sie nicht Rechtsanwälte sind. Da übrigens diese Befugniß nur für die mündliche Verhandlung ausgesprochen ist, so darf sie nicht auf die in §. 74 Abs. 2 bezeichneten Prozedurakte angewendet werden, gleichviel ob diese im Anwalts- oder im Parteiprozesse vorkommen.

Abgesehen von dem Privilegium der Rechtsanwälte nach §. 143 unterscheidet sich ihre Stellung auch im Parteiprozesse von der anderer Prozeßbevollmächtigten in folgenden Punkten:

a) Die Mittheilung der in Bezug genommenen Urkunden kann zwischen Rechtsanwälten von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung erfolgen (§. 126), während sie von andern Prozeßbevollmächtigten wie von den

unvertretenen Parteien durch Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei geschehen muß (§. 125).

b) Die Zustellungen zwischen Parteien, welche durch Anwälte vertreten sind, können ohne Vermittlung der Zustellungsorgane von Anwalt zu Anwalt bethätigt werden (§. 181).

Im Uebrigen findet ein Unterschied in der rechtlichen Stellung des Anwalts und des sonstigen Prozeßbevollmächtigten außerhalb des Anwaltsprozesses nicht statt. Demnach unterliegt auch der Anwalt im Allgemeinen den für die Prozeßbevollmächtigten überhaupt geltenden Normen (§§. 79 Abs. 2, 83 Abs. 1, 84 Abs. 2).

---

§. 76. (§. 74 des Entw.)

Der Bevollmächtigte hat die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben.

Eine Privaturkunde muß auf Verlangen des Gegners gerichtlich oder notariell beglaubigt werden. Bei der Beglaubigung bedarf es weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls.

Motive: „Die §§. 74—81 enthalten die nothwendigen näheren Bestimmungen in Betreff der Prozeßbevollmächtigten und beziehen sich, so weit nicht z. B. die §§. 77 Abs. 2 und 81 Abs. 1 besondere Ausnahmen machen, sowohl auf die in Anwaltsprozessen als bevollmächtigte Vertreter der Parteien fungirenden Anwälte, als auf die in anderen Prozessen auftretenden Bevollmächtigten. Während über Recht und Pflicht zur Prüfung der Legitimation der Prozeßbevollmächtigten der §. 81 bestimmt, enthält der §. 74 einige für ausreichend erachtete Vorschriften über die Form des Vollmachtsvertrags. Insoweit das Gericht oder der Gegner den Nachweis der Vollmacht fordern dürfen und verlangen, soll der Bevollmächtigte die Bevollmächtigung durch eine „schriftliche" Vollmacht nachweisen. Diesen Grundsatz spricht in gleicher Weise der preuß. Entw. §. 92 aus, und es folgt aus dem Erfordernisse der Schriftlichkeit ohne Weiteres die im preuß. Entw. §. 97 und sächs. Entw. §. 344 hervorgehobene Nothwendigkeit, daß Analphabeten Prozeßvollmachten in der für diese Personen landesgesetzlich vorgeschriebenen Form ausstellen (s. dagegen unten S. 279). Der allgemeine Ausdruck „schriftliche Vollmacht" in Stelle von „schriftlich durch die Partei ausgestellte Vollmacht" (nordd. Entw. §. 129) ist gewählt, um mit dem einen Satze alle Arten der schriftlichen Vollmachtsertheilung zu um-

fassen. Sonach bedarf es zunächst nicht der Bestimmung (nordd. Entw. §. 130), daß die Prozeßvollmacht für alle Rechtsstreitigkeiten des Vollmachtgebers oder für eine bestimmte Gattung oder für einzelnen Rechtsstreit ausgestellt sein kann — vgl. preuß. AGO. I 3 §. 32, Württemberg Art. 117, Bayern Art. 87 und hannov. Entw. §. 96 — und es durfte hier ferner übergangen werden, daß die Vollmacht von der Partei auch mündlich zu Protokoll des Gerichts erklärt werden darf — vgl. Hannover §. 71, Baden §. 141, Württemberg Art. 119, Bayern Art. 88, hannov. Entw. §. 98, preuß. Entw. §. 98, nordd. Entw. §. 132. Die Aufnahme der Vollmacht in das Audienzprotokoll (§. 140) ersetzt die schriftliche Form.

„Die ganz ausnahmslos gehaltene Fassung des §. 74 Abs. 1 erledigt auch den Zweifel, ob der einer armen Partei bei Bewilligung des Armenrechts beigeordnete Anwalt §. 104 Nr. 3 verpflichtet ist, sich gegenüber dem Gerichte und dem Prozeßgegner durch eine schriftliche Vollmacht des Klienten zu legitimiren, übereinstimmend mit Hannover §. 69 — Leonhardt, B. PO. Anm. 5, Oldenburg Art. 65 §. 1, preuß. Entwurf §. 123 Nr. 2 und dem nordd. Entwurf §. 129 in bejahender Richtung. Für den Geltungsbereich der preuß. AGO. bestimmt die Kab.-Ordre vom 29. Mai 1835 — bei von Rönne, Ergänzungen Bd. III pag. 112 — desgl. der sächs. Entw. §. 288, Bayern Art. 39 und Württemberg Art. 168 Abs. 2, daß das Dekret des Gerichts die Stelle der Vollmacht vertrete. Der Entwurf mußte an einer schriftlichen Vollmacht für den Armenanwalt festhalten, da nicht anzunehmen ist, daß nach dem Willen der armen Partei der ihr beigeordnete Anwalt das Recht haben solle, auf ihren Anspruch zu verzichten (§. 75), und es ohne schriftliche Prozeßvollmacht ihr nicht möglich sein würde, die Vertretungsrechte des Anwalts nach Maßgabe des §. 77 zu beschränken.

„Mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der Vollmachten im Verhältnisse der Parteien unter einander schreiben neuere Gesetzgebungen allgemein vor, daß die Prozeßvollmachten öffentlich beglaubigt sein sollen. So Hannover §. 70, Braunschweig §. 7, Bayern Art. 85. Minder weit gehen Württemberg Art. 118, der hannov. Entw. §. 97 und der sächs. Entw. §. 344, welche die Beglaubigung der privatschriftlichen Vollmacht nur erfordern, wenn die Echtheit der Vollmacht beanstandet wird. Die gleiche Bedeutung hat der §. 133 des nordd. Entw. Es dient aber zum Ausschlusse jedes Zweifels, wenn an letzterer Stelle und im §. 74 Abs. 2 gesagt wird, daß die in einer Privaturkunde ausgestellte Vollmacht notariell oder gerichtlich beglaubigt werden muß, sobald es der Gegner verlangt, also aus welchem Grunde er wolle und ohne Anzeigepflicht des Grundes. Entsprechend dem Art. 87 der Wechselordnung ist zur Erleichterung des Verkehrs bestimmt, daß es

bei der Beglaubigung weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls bedarf. Desgleichen bestimmen Hannover §. 70, preuß. Entw. §. 97, nordd. Entw. §. 133. Mit Rücksicht auf diese Erleichterung und mit Rücksicht darauf, daß grundsätzlich die öffentliche Form der Prozeßvollmachten nicht gefordert wird, versagt der Entwurf weitergehende erleichternde Bestimmungen anderer Gesetzgebungen, nach denen Prozeßvollmachten von Parteien, welche in öffentlicher Eigenschaft einen Prozeß führen, schon aus diesem Grunde einer Beglaubigung nicht bedürfen sollen oder die Beglaubigung auch von andern Beamten, z. B. des Staats, der Gemeinde, der Kirche, welche ein öffentliches Siegel führen, ertheilt werden kann, z. B. Hannover §. 70, hannov. Entw. §. 97, preuß. Entw. §. 97, nordd. Entw. §. 131. Die Kosten der Beglaubigung trägt, vorbehaltlich der Erstattungspflicht aus §. 85, der Vollmachtgeber, wie mit Rücksicht auf die preuß. AGO. I 3 §. 70 und die Bemerkung in den Motiven zum preuß. Entw. S. 30 ausdrücklich hervorgehoben wird.

„Die fortdauernde Geltung der hier einschlägigen Bestimmungen Art. 17 der Wechselordnung und der Art. 42, 47, 58 des Handelsgesetzbuchs wird durch §. 9 Abs. 1 des Einführungsgesetzes [1]) außer Frage gestellt.

„Der Entwurf enthält sich weiterer Bestimmungen über den nothwendigen Inhalt von Vollmachtsurkunden, indem er die betreffenden Bestimmungen anderer Prozeßgesetze — preuß. AGO. I 3 §. 30, Hannover §. 69, Württemberg Art. 117, Baden §. 142, hannov. Entw. §. 96, preuß. Entw. §. 96 und nordd. Entw. §. 131 — als selbstverständlich gleich der bayerischen Prozeßordnung übergeht."

1) Absatz 1 dieses Paragraphen hat im Entwurfe die Fassung:

„der Bevollmächtigte hat die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen."

Hiezu wurde in der Reichstagskommission bei der ersten Lesung von dem Abg. Reichensperger der Antrag gestellt, hinter den Worten: „der Bevollmächtigte" die Worte:

„welcher nicht Rechtsanwalt ist"

einzuschalten.

Zu Abs. 2 beantragte Abg. Struckmann, demselben folgende Fassung zu geben:

„Eine Privaturkunde muß auf Verlangen des Gegners beglaubigt werden. Die Beglaubigung kann durch jeden Staats-, Kirchen- oder Gemeindebeamten geschehen, welcher ein Dienstsiegel führt."

Abg. Pfafferott beantragte, am Schlusse des Paragraphen hinzuzufügen:

---

[1]) Jetzt §. 13 Abs. 1.

„die Bevollmächtigung kann in der Sitzung des Prozeßgerichts zu Protokoll erfolgen; in diesem Falle ist der betreffende Theil des Protokolls Behufs der Genehmigung zu verlesen.“

Die beiden ersten Anträge wurden abgelehnt. Den dritten zog der Antragsteller zurück, nachdem der Direktor im Reichskanzleramte von Amsberg erklärt hatte, der Antrag sei zwar korrekt, aber überflüssig; auch eine in der Sitzung zu Protokoll erklärte Vollmacht sei eine schriftliche im Sinne von Abs. 1 des Paragraphen. Der Vollziehung durch die Partei bedürfe es in diesem Falle nicht. (Komm.-Prot. S. 29—31.)

Bei der zweiten Lesung liegen zwei Abänderungsanträge vor: Zunächst der des Abg. Pfafferott, welcher theils den Antrag Struckmann aus der ersten Lesung reproduzirt, theils folgende Modificationen des Abs. 2 enthält:

„Behufs materieller Beglaubigung bedarf es der Zuziehung von Zeugen nicht.“

„Vollmachtgeber, welche in öffentlicher Eigenschaft einen Rechtsstreit führen, haben ihre Vollmacht mittelst des ihnen in jener Eigenschaft zustehenden Dienstsiegels zu beglaubigen;“

ferner der Antrag des Abg. Reichensperger, zu Abs. 1 hinzuzufügen:

„und dieselbe zu den Gerichtsakten abzugeben.“

Vor der Diskussion über diese Anträge stellt Abg. Eysoldt die Frage: Sollen landesgesetzliche Bestimmungen, welche für den Fall der Unterschriftsbeglaubigung durch einen Notar die Beiziehuug von Zeugen vorschreiben, durch den Schlußsatz des Paragraphen beseitigt werden?

Direktor von Amsberg bejahte diese Frage. —

Abg. Reichensperger begründete seinen Antrag sodann mit Folgendem: Die schriftliche Vollmacht habe ihre Bedeutung für den Gegner im Prozesse. Dieser solle durch die Vollmacht sichergestellt werden gegen den späteren Einwand, daß er mit einem falsus procurator prozessirt habe. Dazu genüge aber nicht, wenn ihm die Vollmacht vorgezeigt werde. Vielmehr solle die Vollmacht zu den Gerichtsakten genommen werden, wo sie für die Prozeßparteien immer zugänglich bleibe.

Direktor von Amsberg erklärte sich zunächst gegen den Antrag Pfafferott und bemerkte sodann gegen den Antrag Reichensperger: Es genüge zur Sicherheit der Partei, daß sie das Recht habe, sich die Vollmacht vorlegen zu lassen. Ueber die Vorlage der Vollmacht werde im Sitzungsprotokoll ein Vermerk gemacht, falls die Partei die Vorlage forderte. Nach Umständen könne auch eine Abschrift der Vollmacht dem Protokoll beigegeben werden. Durch Annahme des Reichensperger'schen Antrags entstehe die Schwierigkeit, daß ein Anwalt mit Rücksicht darauf,

daß im Stadium der Vollstreckung mehrere Gerichte als Vollstreckungsgerichte in Betracht kommen, mehrere Vollmachten für einen Prozeß bedürfe. Oft enthalte eine Vollmachtsurkunde die Ermächtigung zu mehreren Prozessen und könne daher nicht zu einem Prozesse abgegeben werden. Ferner entstände durch Annahme dieses Antrages eine Verschiedenheit der Behandlung von Vollmachtsurkunden und der Behandlung sonstiger im Prozesse benutzter Urkunden. Die Prozeßordnung stelle den Grundsatz auf, daß die Originale der im Prozesse produzirten Urkunden im Besitze des Produzirenden bleiben und daß der Gegner nur das Recht habe, sie einzusehen. Es sei kein zwingender Grund vorhanden, mit den Vollmachtsurkunden anders zu verfahren.

Abg. von Puttkammer erklärte sich für den Antrag Reichensperger und bemerkte weiter: In einzelnen Landesgesetzen sei vorgeschrieben, daß für Vollmachten von Personen, welche des Schreibens unkundig seien, die notarielle bezw. gerichtliche Beglaubigung nicht genüge, daß vielmehr diese Vollmachten ihrem ganzen Inhalte nach vor einem Gericht oder Notar zu errichten seien. Er nehme, wenn ihm nicht widersprochen werde, an, daß derartige Vorschriften durch Abs. 2 des Paragraphen für Prozeßvollmachten aufgehoben seien und daß also die einfache Beglaubigung eines Handzeichens in Zukunft als beglaubigte Vollmacht genüge.

Direktor von Amsberg bezeichnete diese Annahme als richtig.

Abg. Dr. Bähr brachte für den Antrag Reichensperger vor:

Wenn dieser Antrag nicht angenommen werde, so schwebe der ganze Prozeß in der Luft. Wenn der Kläger abgewiesen werde, könne er dieselbe Klage nochmals erheben; denn der Beklagte, auf dessen exceptio rei judicatae replizirt werde, daß Kläger zu dem früheren Prozesse keine Vollmacht gegeben habe, sei regelmäßig gar nicht in der Lage, einen Beweis für das Vorhandensein des Vollmachtsverhältnisses zu liefern, wenn keine Originalvollmacht bei den Akten sei. Ebenso könne sich der Beklagte, wenn er exequirt werde, dem Urtheile entziehen. Es sei durch die Natur der Sache geboten, daß Vollmachten nicht blos eingesehen, sondern entweder der Gegenpartei behändigt oder doch ihr zugänglich gemacht würden. — Davon, daß eine Abschrift der Vollmacht dem Sitzungsprotokoll beigegeben werden könne, stehe nichts im Prozesse. Mit einer Abschrift sei auch nicht gedient; denn durch eine solche könne das Vollmachtsverhältniß nicht erwiesen werden, es wäre denn, daß eine beglaubigte Abschrift von einer beglaubigten Vollmacht genommen würde.

Abg. Struckmann erklärte sich sowohl für den Antrag Reichensperger wie für den Antrag Pfafferott. In Bezug auf den ersteren Antrag erwiderte er dem Einwande des Direktor von Amsberg dahin

gehend, daß der Anwalt in dem gleichen Prozesse mehrerer Vollmachten bedürfen würde: der Anwalt könne sich von der Originalvollmacht beglaubigte Abschrift fertigen lassen.

Abg. Reichensperger erwiderte auf die Einwände des Direktor von Amsberg: Wenn einmal eine Vollmacht bei den Akten sei, so genüge wohl, bei dem Vollstreckungsgerichte auf diese Vollmacht sich zu beziehen. Es sei durchaus gerechtfertigt, die Vollmachtsurkunde anders zu behandeln als andere Urkunden, welche im Prozesse benutzt werden; denn letztere Urkunden gehen gewissermaßen im Urtheil auf; nicht so die Vollmachtsurkunde. Diese Urkunde müsse demjenigen zugänglich bleiben, der später zu beweisen habe, daß er mit einem bevollmächtigten Vertreter prozessirte.

Der Antrag Reichensperger wurde sodann angenommen, der Antrag Pfafferott abgelehnt. (Komm.-Prot. S. 514—516.)

In einer späteren Sitzung fand auf Antrag des Bundesrathes wiederholte Diskussion über §. 74 (76) statt. Es wurde nemlich im Namen der verbündeten Regierungen von Oberjustizrath Kurlbaum II beantragt, den von der Kommission beschlossenen Zusatz zu Abs. 1:

„und dieselbe zu den Gerichtsakten abzugeben"

wieder zu beseitigen, weil durch die Einreichung der Vollmacht zu den Akten auf das System der Aktenführung in einer Weise zurückgegangen werde, welche mit dem System des Entwurfs unvereinbar sei.

Abg. Reichensperger erwiderte: Er sei nicht damit einverstanden, daß es überhaupt Gerichtsakten geben solle. Da dieß jedoch beschlossen worden, so bitte er, den Zusatz beizubehalten, weil dem obsiegenden Theil die Vollmacht der Gegenpartei stets zugänglich sein müsse. Andernfalls könne der Prozeß durch die Behauptung des Unterlegenen, daß der für ihn erschienene Vertreter keine Vollmacht gehabt habe, illusorisch gemacht werden. Schon wegen der Vorschriften in §. 489 Nr. 4 (= 513 Nr. 5) und §. 518 Nr. 4 (= 542 Nr. 4) sei der Zusatz unentbehrlich.

Nach Schluß der Debatte wurde der Antrag des Bundesrathes, den sich Abg. Thilo angeeignet hatte, von der Kommission abgelehnt. Sodann ergriff Abg. Dr. Mayer das Wort: Er sei zweifelhaft, wie es hinsichtlich der Ausstellung von Vollmachten seitens einer Gemeindebehörde, einer Stiftung, einer Kreisvertretung, soweit dieselben als Behörden anerkannt seien, gehalten werden solle, ob namentlich derartige Vollmachten unter den Begriff einer „öffentlichen Urkunde" fielen. In Bayern habe man es zuweilen für erforderlich gehalten, daß der gesammte Vorstand einer Kirchenverwaltung, einer mit behördlichem Charakter versehenen Stiftung zum Notar gehen und die Vollmacht unterschreiben müsse. Auch im Strafgesetzbuche werde der Begriff der öffentlichen Urkunden nicht definirt und auf

Urkunden der hier fraglichen Art lasse sich der §. 367 des Entwurfs (= §. 380 CPO.) nicht anwenden. Er beantragte deßhalb, dem §. 74 als Abs. 3 hinzuzufügen:

„die von einer öffentlichen Behörde in einem Rechtsstreite, welchen sie zufolge ihres Amtes führt, ausgestellte Vollmacht bedarf, wenn diese mit Dienstsiegel und Unterschrift versehen ist, einer gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung nicht."

Direktor von Amsberg entgegnete:

Mit dem Inhalte des Antrags sei er zwar einverstanden, derselbe sei aber selbstverständlich und deßhalb überflüssig. Was unter öffentlichen Urkunden zu verstehen sei, ergebe sich aus §. 367 (= §. 380 CPO).

Abg. Dr. Mayer: Nach der Erklärung des Vorredners glaube er konstatiren zu dürfen, daß von Gemeindebehörden, von öffentlich anerkannten Stiftungen, von Kirchenverwaltungen ausgestellte Vollmachten als öffentliche Urkunden anzusehen seien, daß eine notarielle oder gerichtliche Beglaubigung nicht erfordert werde.

Diese Annahme wurde von keiner Seite widersprochen und zog hierauf Abg. Dr. Mayer seinen Antrag zurück.

2) Unter dem „Bevollmächtigten" versteht das Gesetz sowohl den Anwalt als den Nichtanwalt, wo immer der Letztere als Bevollmächtigter auftreten kann, und den Anwalt nicht blos im Anwalts-, sondern auch im Parteiprozeß. Jeder Bevollmächtigte hat seine Vollmacht nachzuweisen. Es gibt also keine präsumtive Vollmacht, die bis zum Beweise des Gegentheils als bestehend anzunehmen wäre. Als eine solche ist aber freilich die gesetzliche Vertretungsbefugniß nicht zu erachten, die des Ehemannes (Code civil Art. 1428. Sächs. bürgerl. Gesetzb. §. 1697. cf. Puchelt, Commentar 1. Bd. S. 295 Nr. 3) so wenig, wie die des Vormundes (vgl. oben zu §§. 50, 51).

3) Der Nachweis der Vollmacht muß dem Prozeßgegner und dem Gerichte erbracht werden, wo eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist; im Anwaltsprozeß nur dem Gegner (§. 84). Für dringende Fälle, in welchen der Vollmachtsnachweis nicht oder nicht richtig vorgelegt werden kann, hilft §. 85 aus.

Der Nachweis der Vollmacht kann nur durch Vorlage einer schriftlichen Vollmacht geliefert werden. Nach den Ausführungen der Motive hat man als schriftliche Vollmacht jede zu Papier gebrachte Bevollmächtigung gelten zu lassen. Dieß wird auch durch die Kommissionsverhandlungen (S. 29—31 vgl. oben S. 275) bestätigt. Demnach ist es nicht unumgänglich zur Schriftlichkeit der Vollmacht, daß dieselbe von dem Vollmachtgeber unterzeichnet sei; insbesondere wird dieß nicht erfordert, wo die Voll-

macht zum Sitzungsprotokoll erklärt wird. Damit stimmt nicht überein, was die Motive über die Vollmacht von Analphabeten bemerken (s. oben S. 272). Denn es ist vor Allem nicht abzusehen, weßhalb solchen Personen — unter denen man übrigens nicht blos in Norddeutschland, wie Puchelt a. a. O. S. 295 Nr. 4 anzunehmen scheint, jene, die durch Unkunde des Lesens und Schreibens oder durch einen Zufall anderer Art am Schreiben verhindert sind, zu verstehen hat — nicht ebenfalls die Erklärung der Bevollmächtigung zu gerichtlichem Protokoll in der Sitzung gestattet sein sollte. Aber auch abgesehen von dieser Art der Schriftlichkeit muß aus Abs. 2 dieses Paragraphen die Richtigkeit der vom Abg. Puttkammer gezogenen Consequenz (s. oben S. 276) gefolgert werden. Hiedurch erleidet u. A. auch der Art. 69 des bayerischen Notariatsgesetzes vom 10. November 1861 eine Aenderung.

Zum Nachweise der Vollmacht genügt die Vorlage derselben. Doch muß dieselbe im Gegensatze zu den andern Urkunden (vgl. 2. Buch 9. Titel und §§. 123, 125, 126) von dem Produzenten zu den Gerichtsakten übergeben werden. Selbstverständlich kann von dieser Uebergabe nicht die Rede sein, wenn die Vollmacht zum Sitzungsprotokoll erklärt ist. Die Unterlassung der Uebergabe in andern Fällen ist nicht mit einem Präjudiz bedroht. Die Motivirung des Zusatzes: „und diese zu den Gerichtsakten abzugeben" (vgl. Komm.-Prot. oben S. 275) läßt denselben auch lediglich als eine Zweckmäßigkeitsregel im Interesse des Prozeßgegners erscheinen. Die Bestimmungen der §§. 513 Nr. 5 und 542 Nr. 4 lassen sich nicht anwenden, da man wegen unterlassener Uebergabe der Vollmacht zu den Gerichtsakten nicht sagen kann, daß eine Partei nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war. Es fragt sich nun nur, ob die Uebergabe zu den Gerichtsakten erzwungen werden kann. Dieß kann nun allerdings in der einfachen Weise geschehen, daß das Gericht die vorgelegte Vollmacht zurückbehält; zur Vorlage selbst nemlich ist der Bevollmächtigte deßhalb gezwungen, weil er ohnedieß überhaupt nicht als legitimirt gilt.

4) Die Vollmachtsurkunde kann eine öffentliche oder eine Privaturkunde sein. Eine öffentliche Urkunde ist gemäß §. 380 eine von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommene Urkunde. Der Begriff der Privaturkunde ergibt sich hieraus von selbst durch Weglassung aller oder eines der die Oeffentlichkeit begründenden Merkmale.

Zu den öffentlichen Urkunden gehören auch die von Behörden und Korporationen mit öffentlichem Glauben für ihre eigenen Prozeßbevollmächtigten ausgestellten Vollmachten, ferner diejenigen Vollmachtsurkunden, welche

vor einer zur Errichtung öffentlicher Urkunden befugten Behörde aufgenommen sind. Welche Behörden hiezu befugt seien, bestimmen die Landesgesetze. Jede nach den Landesgesetzen die Eigenschaften einer öffentlichen an sich tragende Vollmachtsurkunde genügt zum vollgiltigen Nachweise der Bevollmächtigung.

Aber auch eine Privaturkunde genügt zu diesem Nachweise. Auch eine unbeglaubigte kann genügen, wenn der Prozeßgegner dieselbe nicht beanstandet. Der Letztere hat jedoch das Recht zu verlangen, daß die Privatvollmachtsurkunde durch den Notar oder ein Gericht beglaubigt werde. Eine anderweitige Beglaubigung muß der Prozeßgegner nicht gelten lassen. So fällt insbesondere für Bayern die Möglichkeit einer ausreichenden Beglaubigung der Prozeßvollmacht durch die Gemeindebehörden hinweg. Dieser obligatorischen Bestimmung des Gesetzes bez. der Beglaubigung von Privatvollmachten liegt die wohl auch zutreffende Voraussetzung zu Grunde, daß allenthalben in Deutschland und im Auslande entweder die Gerichte oder die Notare zur Unterschriftsbeglaubigung befugt sind. Wo die Gerichte indessen diese Befugniß nicht haben (Bayern), da soll sie ihnen durch §. 76 Abs. 2 keineswegs beigelegt werden. Daß irgendwo weder ein Gericht noch ein Notar zugänglich seien, ist innerhalb der civilisirten Welt nicht wohl denkbar. Für den Ausnahmsfall, daß einmal ein Afrikareisender Prozeß in Deutschland führen müßte, könnte bis auf Weiteres §. 85 angewendet werden.

Die Form der Vollmachtsbeglaubigung richtet sich im Allgemeinen nach den landesgesetzlichen Bestimmungen. Nur darf nicht verlangt werden die Aufnahme eines Protokolles noch die Zuziehung von Zeugen.

5) Das Verlangen des Prozeßgegners, daß die Privatvollmachtsurkunde beglaubigt werde, ist an keinen bestimmten Zeitabschnitt und an keine Instanz gebunden. Würde der Verzicht auf dieses Verlangen von Seite des Produktionspflichtigen geltend gemacht, so müßte diese Behauptung wie jede Einrede berücksichtigt werden.

6) Auf die einmal zu den Gerichtsakten übergebene Vollmacht kann bis zum vollständigen Abschluß des Rechtsstreites nicht nur sondern auch bis zum Abschluß des Vollstreckungsverfahrens Bezug genommen werden. Dies folgt aus §. 77 und ist in den Kommissionsverhandlungen (s. o. S. 277) anerkannt.

7) Ein Unterschied zwischen inländischen und ausländischen Vollmachtsurkunden ist durch das Gesetz nicht begründet. Wohl aber finden die Bestimmungen des §. 403 auf ausländische öffentliche Vollmachtsurkunden entsprechende Anwendung. —

---

§. 77. (§. 75 des Entw.)

Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, einschließlich derjenigen, welche durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden; zur Bestellung eines Vertreters sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen; zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs; zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten.

Motive: „In sehr verschiedener Weise bestimmen die deutschen Prozeßgesetzgebungen über die Vertretungsbefugnisse eines durch gehörige Prozeßvollmacht ernannten Prozeßbevollmächtigten. Die einschlagenden Vorschriften enthalten preuß. AGO. I 3 §. 31, Braunschweig §. 7, Oldenburg Art. 50, Hannover §. 72, Baden §. 144, Württemberg Art. 120, 121, Bayern Art. 90 ff., preuß. Entw. §§. 99—102, sächs. Entw. §§. 349 ff., nordd. Entw. §§. 134, 135. Trotz zahlreicher Abweichungen stimmen diese Gesetzgebungen darin überein, daß sie im Allgemeinen den Prozeßbevollmächtigten zur Vornahme aller Handlungen ermächtigen, welche der Verlauf des Rechtsstreits in der Regel mit sich bringt, und für weitergehende Befugnisse — insbesondere zur Vornahme von Handlungen, welche die Beseitigung des Prozesses bewirken — die Ertheilung von Spezialvollmachten verlangen. In letzterer Beziehung begegnen sich die Gesetzgebungen aber wieder in dem Bestreben, das Gebiet der Spezialvollmachten möglichst einzuschränken. Diese Tendenz beruht in der Erkenntniß, daß eine zu beschränkte Stellung der Prozeßbevollmächtigten mit der Rücksicht auf die Sicherheit und Schleunigkeit des Verfahrens kollidirt, auch in Folge der üblichen Einrückung der Spezialvollmachten in die Vollmachtsformulare im Erfolge meist bedeutungslos wird.

„Aus diesen Erwägungen ist der Entwurf in Uebereinstimmung mit Hannover §. 72 und mit dem hannov. Entw. §. 99 einen geringen aber folgerichtigen Schritt weitergegangen und hat im §. 75 unter gänzlicher Aufhebung der sachlich obsoleten Forderung von Spezialvollmachten den allgemeinen Grundsatz aufgestellt, daß die Prozeßvollmacht zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen — einschließlich derjenigen, welche durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden, einschließlich ferner der Substitution, der Bestellung eines Bevollmächtigten für die höhere Instanz und der Empfang-

nahme der vom Gegner zu erstattenden Kosten — ermächtige, in gleicher Weise aber auch die Berechtigung gebe zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des vom Gegner geltend gemachten Anspruchs. Auch innere Gründe rechtfertigen diese erweiternde Vorschrift des Entwurfs. Die Wiederaufnahme des Verfahrens, obwohl sie in der Form der Klage geltend gemacht werden muß, steht doch mit dem rechtskräftig entschiedenen Prozesse in einem derartig nahen Zusammenhange, daß die Prozeßvollmacht unbedenklich auf die dadurch veranlaßten Prozeßhandlungen erstreckt werden kann. — Auch die in der Zwangsvollstreckung vorkommenden Prozeßhandlungen treten vielfach in dem Gewande einer Klage auf (§§. 600, 616, 634—638, 640 ff., 645), allein in Wirklichkeit stellen sie sich nur als Bestandtheile des seiner Realisirung entgegenstrebenden Hauptverfahrens dar. — Die Partei übergibt ihre Rechtssache dem Bevollmächtigten, damit dieser den Prozeß nach bestem Ermessen zu Ende führe und das hierzu Nöthige vornehme. Hierzu gehören unter Umständen der Verzicht, das Anerkenntniß, der Vergleich. Die allgemeine Prozeßvollmacht kann nicht dahin verstanden werden, daß der Bevollmächtigte auch gegen seine im Laufe des Verfahrens gewonnene feste Ueberzeugung von der Richtdurchführbarkeit der ihm übertragenen Rechtssache weiter prozessiren und durch die nutzlose Fortsetzung des Prozesses seine Anwaltsehre beschädigen und seiner Partei zwecklose Kosten verursachen solle. Die Einräumung dieser weiteren Befugnisse an den Prozeßbevollmächtigten liegt in der Konsequenz seiner Dispositionsrechte im Prozesse. Durch das Recht zur Ablegung von Geständnissen, zur Anerkennung von Urkunden, zur Zuschiebung und Zurückschiebung von Eiden u. s. w. wird in ganz unmittelbarer Weise auf den materiellen Ausgang des Prozesses eingewirkt, und es ist eine Halbheit, den Bevollmächtigten ohne Spezialvollmacht hiezu zu autorisiren, dagegen ihn gleichzeitig zu hindern, die nothwendigen Konsequenzen der innerhalb seiner Vollmachtsgrenzen vorgenommenen Prozeßhandlungen für die Beendigung des Rechtsstreits ausdrücklich zu erklären. Es ist ferner ein innerer Widerspruch, wenn der Vertreter mit Wirksamkeit gegen seine Partei durch unterlassene Einlegung des Rechtsmittels die Rechtskraft eines Urtheils zu Gunsten des Gegners herbeiführen kann und ihm gleichzeitig der direkte Weg der Anerkennung oder des Verzichts versagt wird. Und was den Vergleich anlangt, so darf es als Intention der Partei angesehen werden, daß der Bevollmächtigte, dem die Erledigung des Rechtsstreits nach bestem Ermessen anvertraut ist, einen Vergleich schließen darf, wenn er sich überzeugt, daß dadurch ein die Interessen seines Mandanten schädigender Ausgang des Prozesses vermieden werden kann. Alle Besorgnisse gegen die so erweiterte Rechtsstellung des

Prozeßbevollmächtigten werden dadurch gehoben, daß der §. 77 der Partei gestattet, aus den Vertretungsbefugnissen in der Vollmacht die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzicht und Anerkennung auszuschließen.

„Wenn dagegen der Entwurf dem Prozeßbevollmächtigten als solchen nicht die Befugniß zugesteht, mit Ausnahme der vom Gegner zu erstattenden Prozeßkosten Zahlungen für den Mandanten in Empfang zu nehmen, so widerspricht dies nicht dem Grundsatze des §. 75, weil die Erfüllung der streitigen Verpflichtung eine außerhalb des Rechtsstreits liegende Handlung ist (vgl. die Motive der hannoverschen Prozeßordnung, Leonhardt S. 75 und hannov. Entw. §. 99)."

1) Die Prozeßvollmacht ist jedenfalls eine über den ganzen Prozeß sich erstreckende Vollmacht; es kann demnach eine Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen niemals unter den gesetzlichen Begriff der Prozeßvollmacht fallen.

Als eine den ganzen Rechtsstreit umfassende Vollmacht ermächtigt die Prozeßvollmacht zu allen jenen betreffenden Prozeßhandlungen. Unter den letzteren hat man nicht blos die positive Thätigkeit des Bevollmächtigten behufs des Prozeßbetriebes zu verstehen, sondern überhaupt jedes prozessuale Verhalten desselben, daher z. B. auch die Annahme von Zustellungen. Die letzteren müssen an den Prozeßbevollmächtigten erfolgen, wenn ein solcher einmal aufgestellt ist (§§. 160—164).

Als Prozeßhandlungen, welche den Rechtsstreit betreffen, gelten kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung auch jene, welche durch eine Widerklage, Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden, also Prozeßhandlungen, welche im Grunde den anhängigen Rechtsstreit nicht betreffen. — Damit diese Erweiterung des Vollmachtsinhaltes eine materielle Bedeutung habe, muß darin auch die Ermächtigung zur Erhebung einer Widerklage, zur Wiederaufnahme des Verfahrens begriffen sein; denn ohne dieß würde eine neue Vollmacht hiezu nöthig und dann eben schon in dieser die Ermächtigung zu allen dieselbe betreffenden Prozeßhandlungen enthalten sein. —

2) Nicht bloß zu Prozeßhandlungen ermächtigt die Prozeßvollmacht, sondern auch zu einer Reihe von anderen über die persönliche Führung des Prozesses hinausgreifenden Verfügungen, nämlich

a) zur Bestellung eines Vertreters sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen.

Da der Vertreter dem Bevollmächtigten für die höheren Instanzen entgegengesetzt ist, so wird der erstere wohl nur in der Instanz zu suchen sein, für welche zunächst der Bevollmächtigte aufgestellt ist. Ist der Prozeß-

bevollmächtigte ein Anwalt, so ist er auf die Instanz nur insoferne beschränkt, als er nach der Anwaltsordnung gerade nur bei dem betreffenden Gerichte zugelassen ist (§. 74 Abs. 1). Ist er Nichtanwalt, so versteht sich seine Beschränkung auf die amtsgerichtliche Instanz von selbst (§. 74), ohne daß er jedoch örtlich gebunden wäre.

Der Vertreter, den der Prozeßbevollmächtigte bestellt, kann ein Vertreter in einzelnen Prozeßhandlungen oder aber selbst Prozeßbevollmächtigter sein. Denn der Ausdruck „Vertreter" umfaßt in seiner Allgemeinheit beides; der Vertreter tritt an die Stelle des Vertretenen, so weit dieß gewollt ist; tritt er ganz an die Stelle des Prozeßbevollmächtigten, so ist er selbst Prozeßbevollmächtigter (vgl. Puchelt, Commentar Bd. I S. 300 Nr. 4 im Gegensatze zu Struckmann-Koch §. 77 Nr. 2). Als solcher hat er dann auf Verlangen des Gegners bezw. des Gerichts (§. 84 Abs. 2) seine Bevollmächtigung durch Vorlage der Haupt- und der Substitutionsvollmacht nachzuweisen und es gilt bezüglich der Beglaubigung der letzteren Alles, was zu §. 76 Abs. 2 ausgeführt wurde, ebenso wie in dem Falle, wo der Prozeßbevollmächtigte einen Prozeßbevollmächtigten für die höhere Instanz bestellt. Der durch den Prozeßbevollmächtigten aufgestellte Prozeßbevollmächtigte ist als derjenige zu betrachten, an welchen die Zustellungen (nach §§. 162—164) zu erfolgen haben.

b) Zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs.

In dieser Befugniß liegt allerdings die Freiheit der Verfügung über den Streitgegenstand. Aber darauf beschränkt sich diese Befugniß nicht. Wenn man mit Lothar Seuffert (Commentar zu §. 77 Nr. 5) annehmen wollte, daß die Macht des Prozeßbevollmächtigten in dem Gegenstand des Prozesses ihre Grenze finde, so würde den Gesetzesworten eine durch nichts berechtigte restriktive Interpretation zu Theil werden. Der Bevollmächtigte kann daher m. E. allerdings auf dem Vergleichswege auch über Vermögensbestandtheile der Partei verfügen, die nicht mit dem Prozeßgegenstand im Zusammenhang stehen. Wollte man dieß nicht zulassen, so wäre z. B. in einem Eigenthumsstreit der klägerische Anwalt nicht berechtigt, sich dahin zu vergleichen, daß er gegen Anerkennung des klägerischen Eigenthums an dem Grundstück X dem Beklagten das Eigenthum an einem kleinen Streifen des Grundstücks Y abtritt, obgleich er berechtigt wäre, gegen diese Anerkennung auf dem klägerischen Grundstück X dem Beklagten den Ususfruktus oder die Superficies einzuräumen. In der That sagen die Worte des Gesetzes ganz allgemein, der Bevollmächtigte könne den Rechtsstreit durch Vergleich beseitigen. Ueber die Art des Vergleiches

wurde keine Vorschrift gegeben. Ist nun Vergleich „der Vertrag, vermöge dessen zweifelhafte, unter den Contrahenten (resp. Parteien) obschwebende Rechtsverhältnisse durch gegenseitiges Nachgeben geschlichtet werden" (vgl. Seuffert, prakt. Pandektenrecht §. 371. Windscheid, Pandekten §§. 413. Förster, Pr. Priv.-Recht Bd. I §. 103. Sächs. bürgerl. Ges.-Buch §. 1409. Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts Bd. II §. 418), so läßt sich nicht absehen, weshalb ein solcher Vertrag nicht auch in der eben angedeuteten Weise geschlossen werden sollte. (Vgl. Seuffert a. a. O. Anm. 4. Windscheid a. a. O. Anm. 8.)

Dem widerspricht nicht der Umstand, daß die Beseitigung des Rechtsstreites durch Verzichtleistung auf den Streitgegenstand ausdrücklich neben dem Vergleiche zugelassen ist. Im Gegentheile ergibt sich hieraus, daß der Bevollmächtigte ohne alle Gegenleistung den Streitgegenstand preisgeben kann, was doch gewiß in vielen Fällen ein stärkerer Eingriff in das Vermögen der Partei ist, als die Erhaltung des Streitgegenstandes unter gleichzeitiger Hingabe eines andern, vielleicht sehr wenig werthvollen Gegenstandes. Die hier vertretene Auffassung ergibt sich auch aus den Motiven. Arg. vv. „Und was den Vergleich anlangt zc." (s. oben S. 282 Z. 6 v. u.).

c) Zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten.

Die Motive (s. oben S. 283) lassen ersehen, daß man in der ausdrücklichen Ertheilung dieser Befugniß das Argumentum e contrario finden muß bezüglich der Empfangnahme anderweitiger Leistungen. Zunächst also ist der Prozeßbevollmächtigte nicht befugt zur Empfangnahme des Prozeßobjektes selbst; er ist aber auch nicht ermächtigt, die Erfüllung des durch ihn abgeschlossenen Vergleiches entgegenzunehmen.

3) Ueber die in §. 77 aufgezählten Befugnisse hinaus erstreckt sich die Prozeßvollmacht nicht. Insoferne ist allerdings diese Aufzählung eine restriktive, nicht eine exemplikative. (A. M. Puchelt, Comm. I. Bd. S. 299 Nr. 3.) So ist denn auch dem Bevollmächtigten der Abschluß eines Schiedsvertrags nicht gestattet. (§. 851. Motive zu §. 792 des Entw.)

Soweit dagegen eigentliche Prozeßhandlungen d. h. Handlungen in Frage sind, welche zum Betriebe des Prozesses gehören und innerhalb des Prozesses nach den gesetzlichen Vorschriften möglich sind, findet keinerlei Beschränkung der Prozeßvollmacht statt. Sie erstreckt sich daher nicht etwa blos auf Anstellung der Klage, Vertretung in der mündlichen Verhandlung, Anfertigung der Schriftsätze, Einlegung von Rechtsmitteln und ähnlichen Prozeßbetriebshandlungen, sondern umfaßt beispielsweise auch die Ablegung von Geständnissen (§. 81), die Klagsänderung, Zurücknahme der Klage und Erweiterung des Klagantrags (§§. 235, 240, 243, 253), Widerruf

des Geständnisses (§. 263), Verzicht auf die Beeidigung der Zeugen (§. 356), Eideszuschiebung (§. 410 ff.), Eidesannahme (§. 417), Eideserlassung (§. 429), Ausführung der Rechte nach durchgeführtem Urkunden- oder Wechselprozeß (§§. 562, 563), Prorogation (§. 38), Ablehnung eines Richters (§. 42), Streitverkündung (§. 69), Benennung des rechten Besitzers (§. 73) ꝛc. ꝛc.

Mit Unrecht wird von Uebel (Commentar zu §§. 77—80 S. 89 Nr. 4) behauptet, die Befugniß zur Eidesannahme sei der Partei zu reserviren, weil der Eid eine rein persönliche Handlung der Partei wäre. Dieser Grund trifft nur zu für die Leistung des Eides. Die Annahme ist nicht minder wie die Ablehnung oder Erlassung eine prozessuale Disposition. (Vgl. §. 81; auch Wernz, Commentar zur bayr. CPO. Art. 459 Nr. 1.)

4) Daß in der Prozeßvollmacht als solcher keine Verpflichtung des Bevollmächtigten gelegen ist, gewisse Prozeßhandlungen vorzunehmen, versteht sich nach dem Sprachgebrauche „Vollmacht" und „Ermächtigung" von selbst und bedurfte daher auch insbesondere bez. der Frage, ob eine Pflicht zur Einlegung von Rechtsmitteln bestehe, keiner besonderen Begründung. (Siebenhaar, Commentar S. 132 Anm. ***, hätte deshalb wohl auch die Auktorität des Hugo Donellus entbehren können.)

---

§. 78. (§. 76 des Entw.)

Die Vollmacht für den Hauptprozeß umfaßt die Vollmacht für das eine Hauptintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren.

Motive: „Der §. 76 beruht auf dem durch §. 102 des preuß. Entw. ausgedrückten richtigen Gedanken, daß unbeschadet des auch im §. 75 anerkannten Rechts des Bevollmächtigten, seinen Klienten gegen den Prozeßgegner in den Rechtsstreiten der Vollstreckungsinstanz zu vertreten, die Prozeßvollmacht nicht ermächtigt zur Führung von neuen Prozessen, welche aus dem Prozesse hervorgehen, für welche die Vollmacht ertheilt war. Von dieser allgemeinen Regel zieht der §. 76 die positive Ausnahme, daß die Vollmacht für den Hauptprozeß die Vollmacht für das eine Hauptintervention (§§. 61, 639), einen Arrest und eine einstweilige Verfügung (§§. 741 ff.) betreffende Verfahren umfaßt (vgl. nordd. Entw. §§. 99, 728, 738). Der enge Zusammenhang zwischen diesen Streitigkeiten und dem Hauptprozesse rechtfertigt die Annahme, daß der Wille des Machtgebers auf die Bevollmächtigung in diesem Umfange gerichtet war. Das Gleiche ist aber entgegen den §§. 728, 738 des nordd. Entw. nicht für zutreffend angenommen im umgekehrten Falle der Bevoll-

mächtigung für das Verfahren, betreffend einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung in Beziehung auf den nachfolgenden Hauptprozeß. Gehen Arrest und einstweilige Verfügungen dem Hauptprozeß vorher, so handelt es sich nothwendig um dringliche Maßregeln, welche an sich provisorischer Natur sind und meist nicht vor dem Gerichte des Hauptprozesses zu betreiben sein werden. Die Bestellung des Bevollmächtigten für diese schleunigen und vorübergehenden Prozeßhandlungen rechtfertigt deshalb nicht einen Rückschluß auf die Wahl jener Person zum Vertreter im Hauptprozesse."

Der Begriff „Hauptprozeß" ist in Beziehung zu der Hauptintervention, dem Arrest oder der einstweiligen Verfügung als „Nebenprozessen" zu denken. Indem die Vollmacht für den Hauptprozeß die Vollmacht für diese Nebenprozesse umfaßt, kommen dem Prozeßbevollmächtigten alle Befugnisse des §. 77 auch in diesen Nebenprozessen zu.

Für die Nebenintervention bedurfte es einer besonderen Vorschrift nicht, da die Vertheidigung gegen den Nebenintervenienten nicht einen neuen Prozeß ausmacht, sondern als Prozeßhandlung in dem anhängigen Prozesse erscheint.

---

§. 79. (§. 77 des Entw.)

Eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber nur insoweit rechtliche Wirkung, als diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs betrifft.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen ertheilt werden.

Motive: „Der Entwurf überläßt grundsätzlich die Beurtheilung der inneren Seite des Vollmachtsvertrags, das Rechtsverhältniß zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten, dem materiellen Rechte. Der Mandant kann daher insoweit die Befugnisse seines Prozeßbevollmächtigten nach Gutdünken beschränken oder erweitern, und es ist nach den Regeln des Civilrechts zu entscheiden, inwiefern der Prozeßmandatar seiner Partei wegen auftragswidriger Prozeßführung haftbar wird. Anders liegt die Sache für das Rechtsverhältniß des Bevollmächtigten zum Prozeßgegner. Nach dem System des Entwurfs würde hier jede Beschränkung der gesetzlich nothwendigen Vertretungsrechte des Prozeßbevollmächtigten das Verfahren erschweren oder unmöglich machen und den Gegner gefährden. In sachlicher Ueberein-

stimmung mit dem preuß. Entw. §. 103, dem hannov. Entw. §. 100 und dem nordd. Entw. §. 136 bestimmt daher der §. 77, daß eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirksamkeit hat, insoweit nicht diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzicht oder Anerkenntniß betrifft. Der Entwurf folgt hiermit der im Gebiete des Handelsrechts (vgl. Art. 42, 43, 116, 138, 231 u. a. des Handelsgesetzbuchs und §. 13 des Reichsges. vom 4. Juli 1868 über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften) zur Anerkennung gebrachten Richtung und entspricht damit den Bedürfnissen des Prozesses und der Sicherheit des Verkehrs.

„Von dem Grundsatze, daß sich die Prozeßvollmacht auf den ganzen Prozeß bezieht, ist in Uebereinstimmung mit dem preuß. Entw. §. 103, dem hannov. Entw. §. 100 und dem nordd. Entw. §. 136 die eine Ausnahme gestattet, daß im Parteiprozesse die Vollmacht nur für einzelne Prozeßhandlungen ertheilt werden kann."

1) Dieser Paragraph enthält nur eine Schranke für die Einengung des gesetzlichen Vollmachtsumfanges. Dagegen besteht eine solche Schranke für dessen Erweiterung nicht. Demnach steht der Ertheilung einer ganz generellen Prozeßvollmacht, durch welche dem Bevollmächtigten auch jene Befugnisse ertheilt werden, die im §. 77 nicht enthalten sind, nichts im Wege.

Ob die in Abs. 1 bezeichneten Beschränkungen dem Gegner bekannt gegeben sein müssen (wie Seuffert, Commentar §. 79 Nr. 1 annimmt), scheint mir zweifelhaft. Im Hinblicke auf §§. 76 und 84 dürfte diese Frage eher zu verneinen sein. Denn wenn der Prozeßgegner das Recht hat, Vollmachtsnachweis zu verlangen und die Vollmacht zu den Gerichtsakten übergeben werden muß, so hat jener genügende Gelegenheit zur Einsicht in den Inhalt der Vollmacht und müßte sich daher die Unkenntniß der in derselben enthaltenen gesetzlich zulässigen Beschränkungen selbst zur Schuld rechnen, zumal ja, wie die oben zu §. 76 mitgetheilten Kommissionsverhandlungen ergeben, die Absicht des Zusatzes „und diese zu den Gerichtsakten abzugeben" dahin ging, dem Prozeßgegner den Nachweis der Bevollmächtigung zu sichern.

2) In den Verhandlungen der Reichstagskommission war zu §. 77 des Entwurfs von dem Abgeordneten Becker der Antrag gestellt, nach dem Worte „Anspruchs" in Abs. 1 einzuschalten:

„oder die Aenderung einer Klage"

„Abg. Becker ist mit Reichensperger der Ansicht, daß das dominium litis des Anwalts unter Hinzurechnung der Befugniß des freien und unanfechtbaren Zugeständnisses große Gefahren in sich trägt. Redner hält aber die-

selben für unvermeidlich. Sein Antrag ziehe nur die nothwendige Konsequenz aus dem Umstande, daß der Entwurf über die Klagänderung wesentliche andere Bestimmungen, als früher gegolten, enthalte. Der inneren Natur der Dinge widerspreche es, einer Vollmacht für einen bestimmten Prozeß durch Zulassung der Klagänderung eine ganz andere Vollmacht zu substituiren.

„Abg. Gneist hält die Gefahr nicht für so erheblich wie der Vorredner. Die Frage, ob eine bloße Emendation oder eine wirkliche Aenderung der Klage vorliege, sei oft ungemein schwierig. Es könne leicht zu Chikanen Veranlassung geben, wenn auch nur ganz geringfügige Aenderungen gemacht würden.

„Abg. Völk ist im praktischen Interesse gegen den Antrag. Emendationen und Aenderungen der Klagen kämen sehr häufig vor. Das Erforderniß einer speziellen Vollmacht hiezu würde große Unzuträglichkeiten zur Folge haben.

„Abg. Reichensperger macht darauf aufmerksam, wie es sich nicht darum handle, daß der Bevollmächtigte zur Aenderung der Klage einer besonderen Vollmacht bedürfen solle, sondern um die Frage, ob der Partei das Recht zustehen solle, dem Bevollmächtigten die Befugniß zur Klagänderung mit rechtlicher Wirkung dem Gegner gegenüber zu entziehen. Der Becker'sche Antrag, für den sich der Redner erklärt, wolle der Partei dieses Recht gewähren, während ihr dasselbe vom Entwurf versagt würde.

„Der Direktor im Reichskanzleramte von Amsberg will die Bedenken des Antragstellers nicht verkennen, hält aber doch eine Erweiterung des Art. 77 für bedenklich. Eine solche Erweiterung würde noch die Aufnahme einer Reihe weiterer Bestimmungen erforderlich machen.

„Abg. Becker bestreitet, daß sein Antrag noch weitere Konsequenzen haben werde und hebt nochmals hervor, der Grund seines Antrages liege darin, daß der Entwurf wesentlich andere Bestimmungen über die Klagänderung enthalte.

„Bei der Abstimmung wird der Antrag Becker abgelehnt; der §. 77, über den nicht besonders abgestimmt wird, gilt als angenommen." (Komm. Prot. S. 31, 32.)

3) Die Beschränkung des Abs. 1 erstreckt sich auf alle Fälle der Prozeßvollmacht, mag dieselbe im Anwaltsprozeß oder im Parteiprozeß ausgestellt sein.

Im letzteren Falle aber braucht eine Prozeßvollmacht überhaupt nicht ausgestellt zu werden, sondern kann, wie Abs. 2 bestimmt, die Vollmacht auf einzelne Prozeßhandlungen lauten.

Im Anwaltsprozeß muß nun zwar der Anwalt in den Besitz einer

Prozeßvollmacht gesetzt werden. Das schließt jedoch nicht aus, daß für diejenigen Handlungen im Anwaltsprozeß, für die der Anwaltszwang nicht besteht (s. o. §. 74 Abs. 2), die Spezialbevollmächtigung eines Anwalts oder Nichtanwalts zulässig sei. Insoferne gilt Abs. 2 dieses §. in einem gewissen Umfange auch für den Anwaltsprozeß, obwohl die Motive (s. o. zu diesem §.) nur den Parteiprozeß erwähnen und auch schon behauptet worden ist, daß Abs. 2 diese Beschränkung enthalte. (Puchelt, Commentar I. Bd. S. 301 Nr. 5; Lothar Seuffert, Commentar §. 79 Nr. 3; Siebenhaar, Commentar §. 79.)

Ueber die Form der Ermächtigung zu einzelnen Prozeßhandlungen bestehen keine Vorschriften. Keinesfalls darf eine Prozeßvollmacht, in welcher außer der Ermächtigung zur Prozeßführung einzelne Prozeßhandlungen besonders namhaft gemacht sind, als eine auf diese beschränkte Spezialvollmacht betrachtet werden.

---

§. 80. (§. 78 des Entw.)

Mehrere Bevollmächtigte sind berechtigt, sowohl gemeinschaftlich als einzeln die Partei zu vertreten. Eine abweichende Bestimmung der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirkung.

Motive: „Die Vorschrift des §. 78, daß mehrere Prozeßbevollmächtigte berechtigt sind, sowohl einzeln als gemeinschaftlich die Partei zu vertreten, erleichtert und sichert die rasche, energische Durchführung des Prozesses. Die Vorschrift ist aus dem hannov. Entw. §. 102 und dem nordd. Entw. §. 137 übernommen, entspricht Württemberg Art. 124 und wird auch im sächs. Entw. §. 353 vorgeschlagen. Gleicherweise bestimmen der §. 201 des preuß. ALR. Thl. I Tit. 13 und die Art. 114, 167, 196 des Handelsgesetzbuchs. Die Bestimmung des §. 78 Satz 2 entzieht in weiterer Fortentwickelung des in §. 77 sanktionirten Grundsatzes der bei Bestellung mehrerer Bevollmächtigten in eine Vollmacht eingerückten Klausel: „sammt und sonders“ gegenüber dem Prozeßgegner jede rechtliche Wirkung (vgl. §§. 150 Abs. 3, 165 Abs. 1). Daß neben dem §. 78 die abweichenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs Art. 41 Abs. 3, Art. 86 Nr. 4, 100, 115 weiter gelten, erhellt aus §. 13 des Einführungsgesetzes.“

1) In §. 80 ist stillschweigend der Satz enthalten, daß die Aufstellung mehrerer Bevollmächtigter in einem Prozesse zulässig sei. Gleichgiltig muß

es dann sein, ob die mehreren Bevollmächtigten in einem Akte oder getrennt bezw. successive aufgestellt wurden.

2) Für diesen Fall soll aber dem Prozeßgegner die Prozeßführung nicht erschwert sein; darum gilt ihm gegenüber jeder einzelne der mehreren Bevollmächtigten als legitimirt zur Prozeßführung. Es können daher auch keinem von ihnen mit Wirkung gegenüber dem Gegner andere als die in §. 79 Abs. 1 genannten Befugnisse entzogen sein. Ob diese dem einen entzogen werden dürfen, während sie dem andern belassen sind, ist nicht ausdrücklich entschieden, wird aber Angesichts der Bestimmung, daß jeder einzelne die Partei vertreten kann, dahin entschieden werden müssen, daß auch auf jeden Einzelnen §. 79 Abs. 1 Anwendung findet.

3) In welcher Weise ein gemeinschaftliches Handeln der mehreren Prozeßbevollmächtigten stattzufinden habe, das richtet sich prinzipiell nach den zwischen denselben getroffenen Vereinbarungen. Dem Gerichte bezw. dem Vorsitzenden steht aber in der mündlichen Verhandlung die Befugniß zu, die Verhandlung schon nach dem Plaidoyer des Einen der mehreren Bevollmächtigten zu schließen, wenn das Gericht die Sache für vollständig erörtert hält (§. 127 Abs. 4). Mehreren Bevollmächtigten des Klägers gegenüber wird freilich diese Befugniß bezüglich des Klagevortrags illusorisch, da vor der Antwort des Beklagten kaum je eine genügende Erörterung der Sache angenommen werden dürfte.

4) Für die Gegenpartei ist es aber gleichgiltig, ob ein gemeinschaftliches Handeln beliebt wird oder nicht. Auch hinsichtlich der Zustellungen soll natürlich die Lage des Prozeßgegners durch die Aufstellung mehrerer Bevollmächtigter nicht erschwert werden, da auch die Empfangnahmen von Zustellungen zur Prozeßvertretung gehört. Daraus folgt, daß der Prozeßgegner die Wahl hat, welchem von den mehreren Prozeßbevollmächtigten er zustellen will und daß die Zustellung an einen derselben der Vorschrift des §. 162 genügt.

5) Die Bestimmung dieses Paragraphen ist nicht beschränkt auf den Anwaltsprozeß. Lediglich für den Parteiprozeß von praktischer Bedeutung ist aber die in den Motiven erwähnte Aufrechterhaltung der handelsrechtlichen Sätze, da die dort genannten Vertreter im Anwaltsprozeß aufzutreten nicht befugt sind, wenn man von den Fällen des §. 74 Abs. 2 absieht.

Wo im Parteiprozeß nun aber mehrere Prokuristen zufolge einer Collektivprokura oder mehrere Gesellschafter, denen nur eine Collektivvertretung eingeräumt ist, als Bevollmächtigte auftreten, da richtet sich die Wirksamkeit ihres Auftretens auch im Verhältniß zur Gegenpartei ausschließlich nach den handelsrechtlichen Normen; es findet demnach §. 80 hier keine Anwendung.

---

§. 81. (§. 79 des Entw.)

Die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen sind für die Partei in gleicher Art verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären. Dies gilt von Geständnissen und anderen thatsächlichen Erklärungen, insoweit nicht dieselben von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden.

Motive: „Der §. 79 stellt außer Zweifel, daß eine volle Repräsentation der Partei durch den Prozeßbevollmächtigten stattfindet. So weit die Vollmacht in Gemäßheit der Bestimmungen der §§. 75—77 reicht, verpflichtet der Prozeßbevollmächtigte den Vollmachtgeber durch seine Handlungen und Unterlassungen. Rücksichtlich der Prozeßhandlungen hat der §. 79 ausdrücklich ausgesprochen, daß sie für die Partei verpflichtend sind, wie die von ihr selbst vorgenommenen — nur hat er der Partei, welche neben ihrem Prozeßbevollmächtigten in dem Termine erschienen ist, in Anschluß an die L. 3 C. de errore adv. 2. 10 die Befugniß eingeräumt, Geständnisse und andere thatsächliche Erklärungen des Prozeßbevollmächtigten sofort nach Abgabe derselben in dem Termine zu widerrufen oder zu berichtigen. Bis zu welchem Zeitpunkte der Widerspruch rechtzeitig erfolgt, ist im einzelnen Falle Sache des richterlichen Ermessens. Hinsichtlich der Unterlassungen der Bevollmächtigten ergibt sich deren Verbindlichkeit für die Partei aus dem §. 203 Abs. 2. Dem §. 79 konform sind der hannov. Entw. §. 103, der nordd. Entw. §. 138 und Württemberg Art. 125."

1) „Die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen" sind schon nach der Stellung des §. 81 nur jene, zu welchen der Bevollmächtigte nach §§. 77—79 befugt bezw. die er auf Grund einer über die normale hinausgehenden Vollmacht vorzunehmen ermächtigt ist.

Diese Annahme wird bestätigt durch die in dieser Richtung gepflogenen Verhandlungen in der Reichstagskommission. Hier hatte der Abg. Reichensperger zu §. 79 des Entw. den Antrag gestellt, nach dem Worte „Bevollmächtigten" die Worte: „innerhalb des durch §. 75 bezeichneten Umfanges" einzuschalten, indem er zwar von der Meinung ausging, daß der Paragraph in diesem Sinne zu verstehen sei, dies aber doch nicht für allgemein verständlich hielt. Der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg erklärt es für zweifellos, daß der Paragraph sich nur auf solche Prozeßhandlungen beziehe, zu denen der Bevollmächtigte berechtigt sei. Verweise auf andere Bestimmungen seien, soweit thunlich, vermieden worden. Zufolge

dieser Erklärung zog Abg. Reichensperger seinen Antrag zurück, worauf der Paragraph in seiner gegenwärtigen Fassung angenommen wurde.

Demnach verbinden jene Prozeßhandlungen des Bevollmächtigten die Partei nicht, welche gemäß §. 79 Abs. 1 von der Prozeßvollmacht ausgenommen sind, und wo §. 79 Abs. 2 Anwendung findet, sind nur jene Prozeßhandlungen für die Partei verbindlich, zu welchen die Spezialvollmacht ermächtigt.

2) Geständnisse und andere thatsächliche Erklärungen können von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt und hiedurch außer Wirksamkeit gesetzt werden. Uebereinstimmend hiemit lautet schon Art. 90 Abs. 2 der bayr. CPO. Wann ein Widerruf als ein sofortiger zu gelten habe, ist eine durch das richterliche Ermessen zu entscheidende quaestio facti. Man wird als Grenze der Widerrufsmöglichkeit im Allgemeinen den Schluß der Verhandlung bezeichnen dürfen, in welcher das Geständniß resp. die thatsächliche Erklärung erfolgte (s. Wernz, Commentar zur bayr. CPO. Art. 90 S. 121 Nr. 6). Das Miterscheinen der Partei mit dem Bevollmächtigten ist im Parteiprozeß gemäß §. 75 selbstverständlich als zulässig zu erachten, muß aber auch im Anwaltsprozeß inhaltlich des §. 128 Abs. 4 als unbedingt statthaft gelten. In beiden Fällen kann dasselbe auch von Amtswegen angeordnet werden. (§. 132.)

Unter „thatsächlichen Erklärungen" hat man nicht blos die einzelnen Punkte der Geschichtserzählung zu denken, sondern auch diejenigen Aeußerungen, welche eine Disposition enthalten, z. B. die Zuschiebung oder Zurückschiebung eines Eides, die Annahmeerklärung bez. eines solchen und dgl.

Aus der in diesem Paragraphen enthaltenen Beschränkung der Widerrufsmöglichkeit folgt übrigens keineswegs, daß für den Fall des unterbliebenen sofortigen Widerrufs dieser nicht noch nachträglich aus dem Grunde des §. 263 für das Geständniß und des §. 423 für Annahme und Zurückschiebung des Eides erfolgen könnte.

3) Indem §. 81 die verpflichtende Wirkung der Handlungen des Prozeßbevollmächtigten besonders hervorhebt, setzt er als selbstverständlich voraus, daß denselben auch die berechtigende Wirkung zukommt. Denn das folgt nothwendig aus dem Vollmachtsbegriffe.

Diese Wirkungen der Vertretung treten aber nicht nur beim Vorhandensein einer förmlichen Vollmacht ein, sondern knüpfen sich, gemeinrechtlichen Grundsätzen gemäß, auch an die nachträgliche Genehmigung resp. die formlose mündliche Ermächtigung. (Lothar Seuffert, die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte §§. 10 und 12, vgl. unten §. 85 Abs. 2, 513 Nr. 5, 542 Nr. 4; Lothar Seuffert, Commentar §. 81 Nr. 3.)

Gegen die Versäumung des Prozeßbevollmächtigten ist — im Gegen=

satze zum gemeinen Prozesse (cf. Wetzell, System 3. Aufl. S. 679 Note 23) und zur badischen Civilprozeßordnung (Art. 157) und in Uebereinstimmung mit der bayr. CPO. (Art. 216) — Restitution unzulässig. (§. 210 Abs. 2).

---

§. 82. (§. 80 des Entw.)

Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch durch eine Veränderung in Betreff seiner Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben; der Bevollmächtigte hat jedoch, wenn er nach Aussetzung des Rechtsstreits für den Nachfolger im Rechtsstreite auftritt, eine Vollmacht desselben beizubringen.

§. 83. (§. 81 des Entw.)

Dem Gegner gegenüber erlangt die Kündigung des Vollmachtvertrags erst durch die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts rechtliche Wirksamkeit.

Der Bevollmächtigte wird durch die von seiner Seite erfolgte Kündigung nicht gehindert, für den Vollmachtgeber so lange zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat.

Motive: „Ueber die Beendigung des Vollmachtsvertrages gibt der Entwurf in den §§. 80, 81 Bestimmungen, wie solche das Bedürfniß des Verfahrens erfordert.

„Der §. 99 des Jüngsten Reichsabschieds bezeichnete als nothwendigen Inhalt der Prozeßvollmachten die clausula heredum. Die Stellung der Vollmacht auf die Erben des Ausstellers erfolgt noch ausdrücklich nach dem Vollmachtsformulare der braunschweig. Prozeßordnung, und muß geschehen nach Baden §. 142. Dagegen bestimmte als Ausnahme der civilrechtlichen Vorschrift des preuß. ALR. I. 13 §. 186 schon der §. 192 ibidem und der §. 59 der AGO. I. 3, daß die Prozeßvollmacht durch den Tod des Machtgebers nicht aufgehoben werde. Desgl. machen Hannover §. 73, Württemberg Art. 126, Oldenburg Art. 51 §. 1, Bayern Art. 93 die clausula heredum entbehrlich, indem die Prozeßvollmacht der Regel nach auch für die Erben des Machtgebers gilt. Der Entwurf hält, entsprechend dem Art. 54 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs, diesen bewährten Grundsatz aufrecht und erweitert ihn, gleich dem preuß. Entw. §. 107, dem hannov. Entw. §. 104 und dem nordd. Entw. §. 139, auf sonstige Ver-

änderungen in Betreff der Prozeßfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung des Vollmachtgebers. Daß die Verheirathung der Machtgeberin, wie der Entw. §. 107, Württemberg Art. 126 ausdrücklich hervorheben, die Gültigkeit der Prozeßvollmacht nicht alterirt, folgt ohne Weiteres aus dem §. 51 Abs. 2, da die Verheirathung auf die Prozeßfähigkeit der Frau nicht einwirkt. Der §. 215 ist eine Konsequenz des §. 80, insofern er in den hervorgehobenen Fällen eine Unterbrechung des Verfahrens ausschließt, wenn eine Vertretung der Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfand.

„Ueber die Berechtigung zur Kündigung des Vollmachtsvertrags entscheidet das bürgerliche Recht. Der §. 81 trifft nur Vorsorge, daß für den Fortgang des Prozesses und insbesondere für den Prozeßgegner keine Schwierigkeiten entstehen, wenn ein Prozeßbevollmächtigter in Folge seiner Kündigung oder des Widerrufs seitens des Machtgebers ausscheidet. Wiederum analog dem Handelsgesetzbuche Art. 46 schreibt daher §. 81 vor, daß die Kündigung des Vollmachtvertrags erst durch die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen aber erst durch die Anzeige von der Bestellung eines andern Anwalts rechtliche Wirksamkeit erlangt. Desgl. preuß. Entw. §. 108, hannov. Entw. §. 108, nordd. Entw. §. 145, Bayern Art. 94, Württemberg Art. 127, Code de proc. Art. 75. Bis zu diesem Zeitpunkte geschehen also die Zustellungen an den früheren Bevollmächtigten mit Wirksamkeit (vgl. Hannover §. 79).

„Die Vorschrift des §. 81 Abs. 1 wird dadurch ermöglicht, daß dem die Vollmacht kündigenden Anwalt die Verpflichtung auferlegt wird, für den Vollmachtgeber so lange zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat. Es folgt diese Pflicht aus dem allgemeinen Rechtssatze, daß das Mandat nicht intempestive gekündigt werden darf. Inwieweit der Anwalt durch eine Versäumung dieser Verpflichtung der Partei verantwortlich wird, ist nach dem materiellen Rechte zu entscheiden."

1) Civilrechtlichen Grundsätzen zuwider geht die Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers nicht unter, wirkt vielmehr für seine Erben fort. An dem Satze jedoch, daß durch den Tod des Bevollmächtigten das Vollmachtsverhältniß gelöst werde, hat die CPO. nichts geändert (vgl. aber §. 291). Auch die Einflußlosigkeit einer Veränderung in der Prozeßfähigkeit bezieht sich lediglich auf die Person des Vollmachtgebers.

Eine Veränderung der gesetzlichen Vertretung ist beispielsweise Wechsel in der Person des Vormundes einer Partei, des Vorstandes einer Gesellschaft; aber auch Aufhebung der Vormundschaft, obwohl dieß schon unter die Veränderung der Prozeßfähigkeit subsumirt werden kann.

2) Zu §. 80 des Entw. lag in der Reichstagskommission ein Amendement des Abg. Struckmann vor, hinter den Worten: „hat jedoch" einzufügen: „sofort dem Gegner Anzeige zu machen und".

Abg. Struckmann führte zur Begründung an: „Der Gegner habe ein Interesse daran, solche Aenderungen, wie sie hier in Frage, sofort zu erfahren. Die Vorschrift in §. 215 (des Entw.) reiche nicht aus; denn der daselbst gedachte Antrag könnte erst gestellt werden, wenn der Betreffende von der eingetretenen Aenderung Kenntniß erlangt habe. Die fragliche Bestimmung befinde sich in mehreren Prozeßordnungen und sei praktisch. Allerdings lasse sich einwenden, daß an die Nichtbefolgung der Vorschrift eine prozessuale Folge nicht geknüpft sei. Immerhin seien jedoch materiell rechtliche oder disciplinarische Folgen einer solchen Unterlassung denkbar."

„Abg. Reichensperger spricht die Befürchtung aus, daß das Amendement zu Mißverständnissen Veranlassung geben könne."

„Abg. Struckmann hält die Bedenken für unbegründet."

„Der Direktor im Reichskanzleramte von Amsberg: Die entsprechende Bestimmung des hannöverschen Entwurfes sei, weil eine lex imperfecta, in den Entwurf nicht aufgenommen worden. Eine prozessuale Folge an die Nichtbefolgung der Vorschriften zu knüpfen sei nicht möglich gewesen."

„Das Amendement Struckmann wird hierauf abgelehnt, der §. 80 angenommen." (Komm.-Prot. S. 32.)

3) Die Folge des Fortbestehens der Prozeßvollmacht in den hier genannten Fällen besteht darin, daß eine Unterbrechung des Verfahrens nicht von Rechtswegen eintritt. Dieß schließt jedoch nicht aus, daß von dem Prozeßgerichte auf Antrag die Aussetzung des Verfahrens angeordnet werde (§. 223). Im Falle die Partei durch die Konkurseröffnung die Dispositionsbefugniß verliert (§. 6 der Konkursordnung; hiezu v. Völderndorff, Commentar zur Konkursordnung Abth. I S. 116 ff.), so ist die Fortsetzung des Verfahrens durch §. 218 ausgeschlossen.

4) Der zweite Satz des §. 82 bezieht sich nur auf die Fälle, in welchen auf Anordnung des Gerichts nach §. 223 die Aussetzung des Verfahrens stattfindet. Die Nichtbefolgung dieser Vorschrift bringt kein Präjudiz mit sich; der Bevollmächtigte muß aber von Neuem die Bestimmungen des §. 76 und §. 84 auf sich anwenden lassen.

5) Aus Abs. 1 des §. 83 ergibt sich, daß vor der Anzeige des Erlöschens der Vollmacht bezw. vor der Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts der Gegner, auch wenn er anderweitig von der Vollmachtskündigung Kenntniß erlangt hätte, den Bevollmächtigten fortgesetzt als legitimirt betrachten darf und betrachten muß. Demnach haben dem Gegner gegenüber die Handlungen des Bevollmächtigten bis zu den bezeichneten Zeit-

punkten die in §. 81 festgesetzte Wirkung und ist der Gegner nicht blos berechtigt, sondern auch verpflichtet, Zustellungen aller Art an jenen zu bethätigen. Auf die Form der Anzeige der Vollmachtskündigung kommt für ihre Wirkung nichts an; sie kann also insbesondere mit gleicher Wirkung sowohl durch den Vollmachtgeber wie durch den Bevollmächtigten geschehen. Aber auch für die Anzeige der Bestellung eines andern Anwalts läßt sich eine bestimmte Form aus der CPO. nicht als erforderlich nachweisen. Die Meinung (von Lothar Seuffert, Commentar zu §. 83 Nr. 3 a. E. u. Puchelt, Commentar I. Bd. S. 309 o.), daß im Anwaltsprozesse die Anzeige von der Bestellung eines neuen Anwalts durch Zustellung eines Schriftsatzes nach Maßgabe der §§. 155 ff. und abschriftlicher Hinterlegung desselben auf der Gerichtsschreiberei (§. 124) erfolgen müsse, entbehrt der gesetzlichen Belege. Es fehlt im Gesetze jede Bestimmung über die Form, in welcher die Anzeige von der Bestellung eines Anwalts überhaupt zu bethätigen ist. Nur von der mündlichen Verhandlung im Anwaltsprozesse ist gesagt, daß sie durch Schriftsätze vorbereitet werden solle (§. 120). Unter den wesentlichen Bestandtheilen dieser Schriftsätze (§. 121) ist die Anzeige von der Bestellung des Anwalts nicht erwähnt. Ebensowenig enthält hierüber eine Andeutung §. 244, obwohl der Beklagte in der Klage gemäß §. 230 Ziff. 3 im Zusammenhalte mit §. 192 zur Aufstellung eines Anwaltes aufgefordert ist.

Noch weniger Berechtigung hat Puchelt's Meinung (a. a. O.), daß im amtsgerichtlichen Prozeß die in §. 83 vorgeschriebene Anzeige nach §§. 462, 463 durch protokollarische Erklärung vor dem Gerichtsschreiber zu bewirken sei.

6) Die civilrechtlichen Folgen der Kündigung einer Prozeßvollmacht wollten begreiflich in §. 83 Abs. 2 nicht geregelt werden. Wohl aber ist dadurch dem Bevollmächtigten die Möglichkeit gewährt, die Verantwortlichkeit für eine seinerseits erfolgte Kündigung zu beseitigen, indem er trotz der Kündigung befugt bleibt, den Vollmachtgeber so lange mit voller Wirksamkeit weiter zu vertreten, bis dieser einen andern Vertreter aufgestellt und die vorschriftsmäßige Anzeige gemacht hat. Das wollen offenbar die Schlußworte des §. 83 Abs. 2 bestimmen. Denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber den Bevollmächtigten, der gekündigt hat, auch dann noch mit Wirksamkeit handeln lassen wollte, nachdem sein Vollmachtgeber einen neuen Bevollmächtigten bestellt und die nöthige Anzeige gemacht hatte, wenn nur der alte Bevollmächtigte von der Anschauung ausging, sein Vollmachtgeber habe damit noch nicht für Wahrnehmung seiner Interessen in anderer Weise gesorgt.

7) Ein weiter gehender Antrag des Abg. Reichensperger in der Reichstagskommission, als Abs. 3 zu §. 81 des Entw. hinzuzufügen:

„Im Anwaltsprozesse muß der bestellte Anwalt nach der durch ihn erfolgten Kündigung der Vollmacht so lange für den Vollmachtgeber handeln, bis dieser einen anderen Anwalt bestellt hat oder die dem Vollmachtgeber auf Antrag des Anwalts vom Gerichte festgesetzle Frist zur Bestellung eines neuen Anwalts abgelaufen ist",
wurde abgelehnt.

„Der Antragsteller motivirte seinen Antrag mit Folgendem: Der beantragte Zusatz sei nothwendig, um den Vollmachtgeber vor dem Schaden zu schützen, der ihm sonst durch Versäumung von Nothfristen zugehen könnte. Für den Gegner dessen, welchem die Vollmacht gekündigt wird, sei im Gesetze ausgiebig gesorgt. Man müsse aber auch für den Vollmachtgeber sorgen und ihn davor schützen, daß er durch eine Vollmachtskündigung rechtlos gestellt werden könnte.

„Abg. Dr. Wolffson entgegnete: Wie weit ein Anwalt verpflichtet sei, nach Kündigung der Vollmacht für seinen Mandanten noch zu handeln, sei eine Frage, welche sich nur aus dem Mandatsverhältnisse beurtheilen lasse. Gewiß könne der Anwalt unter Umständen noch hiezu verpflichtet sein. Aber eine so allgemeine Verpflichtung, wie sie Abg. Reichensperger beantrage, halte er um so weniger für gerechtfertigt, als die Mandatskündigungen häufig deswegen erfolgen, weil sich der Anwalt überzeugt halte, daß eine Sache nicht vertretbar sei.

„Direktor von Amsberg machte gegen den Antrag geltend: Der vorgeschlagene Zusatz greife in das Civilrecht hinüber und enthalte eine Aenderung des bestehenden Rechts. Die Prozeßordnung habe sich nicht mit Regelung des inneren Verhältnisses zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu befassen. Es genüge, wenn sie dem Auftragnehmer auch nach Kündigung der Vollmacht formell die Befugniß zu Prozeßhandlungen gewähre.

„Abg. Reichensperger entgegnete dem Abg. Dr. Wolffson, daß es seines Erachtens nicht in der Befugniß eines Anwalts gelegen sei, wegen Unglaubwürdigkeit von Parteibehauptungen eine Sache aufzugeben.

„Abg. Thilo spricht sich gleichfalls gegen den Antrag aus. Die formalen Rechtsverhältnisse zwischen dem Auftraggeber, dem Auftragnehmer und dem Gegner seien in dem Entwurfe ausreichend geregelt. Das „Materielle" dieser Verhältnisse gehöre in das Civilrecht. Das Preußische Landrecht enthalte für die vom Abg. Reichensperger erwähnten Fälle besondere Vorschriften und werden sich die bezüglichen Bestimmungen auch in den übrigen das materielle Recht enthaltenden deutschen Gesetzbüchern finden." (Komm.-Prot. S. 516, 517 al. 778, 779.)

---

§. 84. (§. 82 des Entw.)

Der Mangel der Vollmacht kann von dem Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt werden.

Das Gericht hat den Mangel der Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist.

Motive: „Nach dem gemeinen Civilprozesse, nach preußischem Prozeßrechte und nach den Prozeßordn. von Oldenburg Art. 55, Baden §. 136, Württemberg Art. 115, sowie nach dem sächs. Entw. §. 341 gehört die Prüfung der Vollmachten allgemein zu den von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkten. Der Entwurf behält dies System für den Parteiprozeß bei; dagegen hat er die Offizialprüfung der Vollmachten für den Anwaltsprozeß gänzlich aufgegeben.

„Die Vorschrift des §. 82, daß das Gericht den Mangel der Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen habe, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, entspricht — von der hannoverschen Prozeßordn. §. 74 abgesehen — dem bestehenden Rechte und rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß die offizielle Prüfung der Vollmacht in anderen als Anwaltsprozessen das allein zureichende und gleichzeitig kürzeste Mittel bildet, um mit Sicherheit zwecklose Verhandlungen mit einer in Wirklichkeit nicht legitimirten Person auszuschließen. Anders gestaltet sich das Verhältniß, insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist. Die Anwälte sind nicht nur befähigt, ihre Vollmacht gegenseitig zu prüfen, sondern ihre Stellung gewährt auch die Garantie, daß sie diese Prüfung ordnungsmäßig vornehmen werden. Mit Rücksicht hierauf erscheint es — entgegen den Bestimmungen der Prozeßordn. für Oldenburg Art. 55 und für Baden §. 136 — statthaft, in Anwaltsprozessen die Prüfung des Vollmachtspunkts von Amtswegen fallen zu lassen und dieselbe den Parteien zu überweisen. Die Folge ist, daß das Gericht mit der Prüfung des Vollmachtspunkts nur befaßt wird, wenn darüber Streit unter den Parteien entsteht, daß mithin das Gericht einen Anwalt, welcher für eine Partei auftritt, so lange als Prozeßbevollmächtigten derselben zu behandeln hat, als nicht von der Gegenpartei der Mangel der Vollmacht gerügt worden ist (hannov. Prot. IV S. 1023—1045, 1128—1131). Indem der Entwurf die Offizialprüfung des Vollmachtspunkts in Anwaltsprozessen verwirft, stimmt er mit dem französischen Prozeßrechte, den Prozeßordn. für Hannover §. 74 und Bayern Art. 89, sowie mit den Prozeßgesetzentwürfen (hannov. Entw. §. 105, preuß. Entw. §. 104, nordd. Entw. §. 140). Die günstigen und zum

Theil langen Erfahrungen jener Rechtsgebiete zeugen für die Dispositionen des Entwurfs, welcher übrigens in einzelnen Punkten mehrfach von den Bestimmungen der angezogenen Prozeßgesetze und Prozeßgesetzentwürfe abweicht.

„1) Die hannov. Prozeßordn., der hannov. Entw. und der nordd. Entw. halten an der Offizialprüfung in Anwaltsprozessen fest, wenn die Gegenpartei keine Gelegenheit hatte, den Mangel der Vollmacht zu rügen. Praktisch bedeutend wird diese Vorschrift für das Versäumnißverfahren (vgl. nordd. Entw. §. 434). Allein gerade dieses Verfahren fordert eine möglichst einfache Konstruktion und die Vermeidung solcher Vorschriften, welche die schnelle Herbeiführung des Versäumnißurtheils zu hemmen geeignet sind. Die Offizialprüfung des Vollmachtspunkts würde aber vielfach zu Verzögerungen Anlaß geben, trotzdem sie durch die Natur des Versäumnißverfahrens nicht geboten wird.

„2) Nach dem französischen Prozeßrechte und der bayerischen Prozeßordnung bedarf der für eine Partei auftretende Anwalt keines besonderen Nachweises der Vollmacht. Gegenüber dem Gerichte und der Gegenpartei ist er durch die Erklärung legitimirt, daß er bevollmächtigt sei (Verhandlungen des Gesetzgebungs-Ausschusses der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages 1863/65, Beilagenband III Abth. I S. 108 bis 111, 119—125, 172—175 und der Kammer der Reichsräthe 1863/67 I S. 215—218, hannov. Prot. XIII S. 4947—4956). Dieses System ist nur unter der Voraussetzung durchführbar, daß für die Vornahme bestimmter Prozeßhandlungen Spezialvollmachten verlangt werden (Code de proc. Art. 352, bayerische Prozeßordnung Art. 92) und daß die Mißbilligungsklage — der désaveu nach französischem Rechte (Code de proc. Art. 352—362), die Nichtigkeitsklage wegen Mangels der Vollmacht nach der bayerischen Prozeßordn. Art. 95—99 gegeben wird. Daß die Beibehaltung von Spezialvollmachten unangemessen erscheint, ist bereits zu §. 75 dargelegt. Was aber die Mißbilligungsklage betrifft, so ist dieselbe von der Partei, „für welche ohne Auftrag zur Prozeßführung oder ohne die erforderliche spezielle Ermächtigung Prozeßhandlungen vorgenommen wurden, auf Nichtigerklärung dieser Handlungen, sowie der darauf hin ergangenen Entscheidungen," zu erheben und „gegen denjenigen, der als Gewalthaber aufgetreten ist, und gegen die in der Hauptsache betheiligte Gegenpartei" zu richten (bayer. Prozeßordn. Art. 95, 2). Im Laufe des Verfahrens in der Hauptsache erhoben, unterbricht sie auf Antrag des Nichtigkeitsklägers den Hauptprozeß (ibid. Art. 97); sie belastet den beklagten Gewalthaber mit dem Nachweise der Bevollmächtigung — eine Last, welche der Art. 95 der bayer. Prozeßordn. durch Aufstellung von Präsumtionen zu erleichtern sucht.

Wird die Nichtigkeitsklage für begründet erklärt, so ist nicht nur die angefochtene Handlung sowie die etwa darauf hin ergangene Entscheidung zu vernichten, sondern der unbefugt als Gewalthaber Aufgetretene auch in alle Prozeßkosten und zum Ersatze des den Hauptparteien entstandenen Schadens zu verurtheilen (Art. 98 ibid.). Solche Vorschriften schützen in einseitiger Weise nur die Partei, für welche der Anwalt aufgetreten ist; die Prozeßstellung des Gegners ist ohne jede Sicherung.

„Kann man auch den Anwälten vertrauen, daß sie nicht ohne ertheilte oder mit Bestimmtheit zu erwartende Vollmacht auftreten werden, so ist damit keine Garantie gegen irrthümliche Voraussetzungen der Anwälte gegeben. Die nachträgliche Genehmigung der Prozeßführung durch die Partei kann den Irrthum hinterher thatsächlich bedeutungslos machen; allein die Gegenpartei ist schlechterdings berechtigt, von vorn herein zu wissen, ob der Prozeß zu einem endgültigen Resultate führen werde. Mit Recht weisen die Motive zum preuß. Entw. S. 29 darauf hin, daß es gegen die sonstigen Grundsätze des Civilrechts verstoße, die Gegenpartei zu zwingen, sich mit einer Person, die keine Vollmacht vorlege, als Bevollmächtigten lediglich aus dem Grunde einzulassen, weil dieselbe amtlich erkläre, bevollmächtigt zu sein, und in Folge dieser Erklärung regreßpflichtig sein würde. Zudem fehlt es nach den praktischen Erfahrungen an besonderen Vortheilen, welche aus der Annahme des französischen Systems zu erwarten wären. Der vorsichtige, geschäftserfahrene Anwalt wird, um sich gegen désaveu und wegen seiner Honoraransprüche zu sichern, Sorge tragen, daß der Vollmachtspunkt in Ordnung ist. Als einfachste Form bietet sich ihm die schriftliche Vollmacht des Entwurfs, zumal er sich Spezialvollmachten würde ertheilen lassen müssen, deren Vorlegung er nach Bayern Art. 92 nicht überhoben ist. Im Resultate führen daher jene Gesetzgebungen zu einer dem §. 82 Abs. 1 nahe kommenden faktischen Uebung und es empfiehlt sich daher letztere Vorschrift um so mehr, als dieselbe ohne jede Gefährdung der Parteien das Mittel zur Abschaffung der Spezialvollmachten und der Mißbilligungsklage gewährt. Bemerkenswerth ist, daß der belgische Entwurf vorschlägt, von den Anwälten die Ueberreichung einer schriftlichen Vollmacht (procuration authentique ou sous seing privé enregistrée) zu fordern, und daß der Rapport des Berichterstatters diesen Vorschlag unter Hinweisung auf die analogen Bestimmungen des Codice di procedura civile del regno d'Italia Art. 156, 158, 159 und auf den holländischen Entwurf I, 10 Art. 3—12 in folgender Weise motivirt:

„Die Nothwendigkeit einer schriftlichen und dem Audienzprotokolle beigefügten Vollmacht ist nicht zu bestreiten. Ohne diese Garantie hat der Prozeßgegner keine Sicherheit, eine vollstreckbare Entscheidung zu erhalten.

Der verurtheilten Partei würde es möglich bleiben, das ihrem Advokaten ertheilte mündliche Mandat abzuleugnen. Daher wird schon jetzt schriftliche Vollmacht für das Verfahren vor den Handels- und Friedensgerichten gefordert."

„Der Entwurf enthält sich der näheren Bestimmungen, wann das Gericht die amtliche Prüfung der Vollmachten im Parteiprozesse zu bewirken hat und in welchem Stadium die Partei dem Gegner die Vollmacht vorlegen muß. Die betreffenden Bestimmungen des preuß. Entw. §§. 93, 94 und des nordd. Entw. §. 140 Abs. 3 sind entbehrlich. Daß das Gericht im Parteiprozesse den Vollmachtspunkt in der mündlichen Verhandlung berücksichtigen solle, geben die §§. 126 Abs. 2 und 290 Nr. 1 zu erkennen. Der Gegner aber kann zu jeder Zeit den Mangel der Vollmacht rügen und den §. 74 vorgeschriebenen Nachweis der Bevollmächtigung fordern."

1) Zu diesem Paragraphen wurden in der Reichstagskommission zwei Amendements gestellt. In der ersten Lesung des Entwurfs beantragte Abg. Dr. Bähr, die Schlußworte des Abs. 2: „insoweit — geboten ist" zu streichen, weil die Legitimationsfrage nach den zu §. 74 des Entwurfs erörterten Grundsätzen im Anwaltsprozesse ganz dieselbe Natur habe, wie in anderen Prozessen. (Komm.-Prot. S. 32, 33.)

In zweiter Lesung wurde vom Abg. Pfafferott der Antrag gestellt: den Abs. 2 des §. 82 dahin zu fassen:

„das Gericht kann den Mangel der Vollmacht von Amtswegen berücksichtigen, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist."

Nach Ablehnung beider Amendements wurde der Paragraph in der Fassung des Entwurfs angenommen.

2) Abs. 1 des Paragraphen gilt für den Anwalts- wie für den Parteiprozeß, bezieht sich jedoch lediglich auf den Mangel der Existenz einer Vollmacht, nicht auf den der Beglaubigung. Die letztere zu verlangen ist der Gegner schon nach §. 76 Abs. 2 berechtigt. Mangel der Vollmacht ist überall da vorhanden, wo eine schriftliche Vollmacht fehlt (§. 76 Abs. 1). Auch wegen einer unstatthaften Beschränkung der Vollmacht steht dem Gegner ein Rügerecht nicht zu (a. M. Puchelt a. a. O. S. 311 Nr. 3), weil eine solche Beschränkung ohnehin dem Gegner gegenüber wirkungslos ist (§. 80). —

Aus Abs. 1 ergibt sich, daß die Einrede der mangelnden Vollmacht nicht als prozeßhindernde Einrede im Sinne des §. 247 zu erachten ist. Wird dieselbe jedoch bis zum Endurtheil der Instanz vorzuschützen versäumt, so kann sie nur noch mit Einlegung eines Rechtsmittels geltend gemacht werden (§. 289 cf. §. 686 Abs. 2). Nach rechtskräftig entschiedener Sache

erübrigt dem Gegner noch die Richtigkeitsklage (§. 542 Ziff. 4), durch welche jedoch auch die nicht gehörig vertretene Partei selbst geschützt ist.

3) Nach Abs. 2 findet die Offizialprüfung des Vollmachtspunktes d. i. der Frage, ob eine Vollmacht bestehe — nicht: ob sie beglaubigt sei — statt:

a) im Parteiprozeß, b) im Anwaltsprozeß, soweit die Vertretung durch Anwälte innerhalb desselben ausnahmsweise nicht geboten ist, z. B. bei Beweiserhebungen vor dem beauftragten Richter (§. 74). Zwar ist ein beauftragter Richter nicht „das Gericht"; allein im Geiste des Gesetzes wird man denselben dennoch zur Offizialprüfung des Vollmachtspunktes als berechtigt und bezw. verpflichtet gelten lassen müssen, da man andernfalls auch die Consequenz ziehen müßte, daß selbst im Parteiprozesse die Prüfung des Vollmachtspunktes Seitens des beauftragten Richters unzuläßig sei.

Daß sich die Offizialprüfung nur auf die Existenz der (schriftlichen) Vollmacht, nicht auf deren Beglaubigung erstrecken dürfe, folgt aus §. 76 Abs. 2, der für den Anwalts- und Parteiprozeß die Nothwendigkeit der Vollmachtsbeglaubigung von dem Verlangen des Prozeßgegners abhängig macht.

4) Zeigt sich entweder zufolge der gegnerischen Rüge oder der Offizialprüfung, daß die Vollmacht mangelt, so muß das Gericht den unbevollmächtigten Vertreter vorbehaltlich der Bestimmungen des §. 85 zurückweisen. Vergl. jedoch §. 643.

---

§. 85 (§. 83 des Entw.)

Handelt Jemand für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht, so kann er gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden zur Prozeßführung einstweilen zugelassen werden. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beibringung der Genehmigung zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

Die Partei muß die Prozeßführung gegen sich gelten lassen, wenn sie auch nur mündlich Vollmacht ertheilt oder wenn sie die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

Motive: „Durch den §. 83 wird es dem freien Ermessen des Gerichts überlassen, ob es im einzelnen Falle Jemand, der für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Bei-

bringung einer Vollmacht handelt, zur Prozeßführung einstweilen zulassen und ob es die Zulassung eines solchen Vertreters gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden gestatten will. Durch diese Vorschrift wird sowohl für die Fälle, in welchen eine Vollmacht noch nicht oder noch keine ordnungsmäßige Vollmacht vorgelegt werden kann, als auch für die Fälle Sorge getragen, in welchen eine Partei durch Abwesenheit oder durch andere Gründe an eigener Wahrnehmung ihrer Rechte behindert ist und daher dritte Personen ohne Auftrag die bedrohten Rechte der ersteren wahrnehmen.

„Die Prozeßgesetze haben die Aufgabe, in solchen Fällen der verhinderten Partei Hülfe zu gewähren, ohne dadurch die Rechte des Prozeßgegners zu gefährden, verschieden gelöst. Die Vorschrift des Entwurfs ist in den wesentlichen Beziehungen übereinstimmend mit den §§. 141 ff. des nordd. Entwurfs. Das gemeinrechtliche System der Sicherung des Prozeßgegners durch Kautionen — cautio judicatum solvi und cautio de rato — ein System, welches Württemberg Art. 116 noch festgehalten hat, ist aufgegeben, da es nach den Erfahrungen im Gebiete des preußischen Rechts (AGO. I 3 §. 26, aufgehoben durch Kab.-Ordre v. 17. Oktober 1833 Nr. 4) sich praktisch nicht bewährt hat.

„Um im weitesten Umfange dem Bedürfnisse zu genügen, kann in Vertretung einer Partei nicht bloß eine Person handeln, welche eine vermuthete Vollmacht für sich hat, — so Hannover §. 76, Oldenburg Art. 52 §. 2, Baden §. 138, sächs. Entw. §. 338, hannov. Entw. §. 106 — sondern Jeder, welcher überhaupt als Bevollmächtigter der Partei auftreten darf (§§. 72, 73). Der §. 83 stellt ferner nicht die Bedingung der Bescheinigung des ertheilten Auftrages oder der wahrscheinlichen Genehmigung (Hannover §. 75, Oldenburg Art. 52 §. 1, Baden §. 139, hannov. Entw. §. 106) durch Vorlegung eines Schreibens oder auf die Hauptsache bezüglicher Urkunden der Partei. Denn die Geschäftsführung ohne Auftrag würde hierdurch ausgeschlossen werden, während gleichzeitig nicht anzunehmen ist, daß die öffentlichen Anwälte ohne Auftrag oder gegründete Aussicht auf dessen Ertheilung sich in Prozesse einmischen und für die im Parteiprozesse sonst auftretenden Bevollmächtigten einige Bescheinigung meist in deren Verhältniß zur vertretenen Partei gegeben sein wird. Die durch das Prozeßgericht erfolgende Zulassung des Vertreters ermächtigt den nicht legitimirten Vertreter zur wirksamen Vornahme aller Prozeßhandlungen, verpflichtet den Gegner zur Verhandlung des Rechtsstreits mit dem zugelassenen Vertreter und ermöglicht die vorläufige Verhandlung des Prozesses bis auf die Fällung des Endurtheils.

„Zur Sicherung des Gegners schreibt aber der §. 83 vor, daß das

Endurtheil nicht vor Ablauf der für die Beibringung der Genehmigung von dem Gerichte zu erlassen ist. Desgl. Hannover §. 75, Baden §. 138, hannov. Entw. §. 106. Es gilt also für den fruchtlosen Ablauf der Frist die Annahme, daß die Genehmigung versagt sei (norddb. Entw. §. 141) und es wird in diesem Falle die Partei als nicht erschienen behandelt. Sie unterliegt daher dem Versäumnißverfahren §§. 285 ff. Das Gericht kann ferner nach freiem Ermessen die Zulassung des Stellvertreters von einer Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden abhängig machen.

„Gegenüber der vertretenen Partei ist die Prozeßführung des einstweiligen Vertreters gültig, wenn die Partei auch nur mündlich Vollmacht ertheilt oder wenn sie die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Der erste Theil der Vorschrift bewirkt für das Gebiet des preuß. Rechts die durch das Verkehrsbedürfniß erforderte Modifikation, daß auch der mündliche Auftrag zur Prozeßführung ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitgegenstandes die Anfechtung desjenigen, was in Folge dieses Auftrags verhandelt ist, ausschließt. Der zweite Theil ist den grundsätzlichen Bestimmungen des Entwurfs über die Nichtigkeit des wider eine nicht gesetzlich vertretene Partei geführten Verfahrens (§. 518 Nr. 4 = 542 Nr. 4) konform.

„Das durch die Prozeßvertretung ohne Auftrag zwischen dem Vertreter und der vertretenen Partei entstehende Rechtsverhältniß liegt außerhalb des Bereichs der Prozeßordnung im materiellen Rechte. Der Entwurf überläßt demselben auch die Entscheidung der civilrechtlichen Frage, ob und inwieweit der unbeauftragte Prozeßvertreter bei ausbleibender Genehmigung der Prozeßführung dem Gegner für die Kosten und Schäden des Prozesses verantwortlich ist."

1) Das Gericht ist in allen Fällen befugt, einen unbevollmächtigten Vertreter zur Prozeßführung zuzulassen. Wird die Zulassung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht, so richtet sich die Bestimmung derselben und die Art des Vollzuges nach den Bestimmungen des sechsten Titels (§§. 101—105). Mit der Zulassung ist zugleich eine Frist zu bestimmen, innerhalb welcher die Genehmigung der Prozeßführung des Unbevollmächtigten beizubringen ist. Soll die beigebrachte Genehmigung die Wirkung haben, daß die Prozeßhandlungen des Vertreters für und gegen die vertretene Partei wirken, so muß die Genehmigung den Vorschriften des §. 76 entsprechen, da andernfalls die Vertretung nicht aufhören würde, eine unbevollmächtigte im Sinne des Gesetzes zu sein. Vor Ablauf der Frist für Beibringung der Genehmigung darf kein Endurtheil erlassen werden. Wird die Genehmigung innerhalb der festgesetzten Frist nicht beigebracht, so gilt

sie als verweigert, die durch den Unbevollmächtigten vertretene Partei demnach als unvertreten und nicht erschienen. Zwar wird dieß im Gesetze nicht ausdrücklich bestimmt, allein eine andere Behandlung dieses Falles wäre ohne Absurdität nicht denkbar. Der norddeutsche Entwurf, auf welchen die oben abgedruckten Motive verweisen, spricht §. 141 aus, daß die Genehmigung als verweigert zu gelten habe, falls sie innerhalb der vorgesteckten Frist nicht erfolgt ist. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist ist die erschienene Partei daher auch nicht mehr gehalten, sich mit dem Vertreter einzulassen. (Aber vgl. u. Nr. 2). Je nachdem die Genehmigung beigebracht ist oder nicht, muß der Charakter des Endurtheils ein verschiedener sein. Ersternfalls erscheint es als ein auf die Prozeßhandlungen des Vertreters basirtes „Urtheil" im Sinne der §§. 272 ff.; letzternfalls muß auf Antrag „Versäumnißurtheil" (§§. 295 ff.) erlassen werden, nemlich gegen denjenigen, welcher durch den Unbevollmächtigten vertreten war, da er eben dann als unvertreten gilt. Z. B.: A wird als Vertreter des B einstweilen ohne Vollmacht zugelassen in dem auf Klage des C gegen B anhängig gemachten Rechtsstreite. Er bringt keine Vollmacht innerhalb der richterlichen Frist bei; dann wird B auf Antrag des C verurtheilt gemäß §. 296. Wäre B Kläger, C Beklagter, so könnte C Versäumnißurtheil nach §. 295 verlangen. Zwar sprach Abg. Gaupp in den Verhandlungen der Justizkommission die Ansicht aus, daß in solchen Fällen nicht gegen B als einen gänzlich Unbetheiligten geurtheilt werden könnte, sondern nur gegen A betreffs der durch ihn verursachten Kosten. Allein diese Meinnng wurde durch Direktor von Amsberg ohne Widerspruch aus der Mitte der Kommission als unzutreffend bezeichnet. (Komm.-Prot. S. 517 al. 779.) Abg. Gaupp hat offenbar nicht berücksichtigt, daß das Versäumungsurtheil gegen B ja auch erlassen werden müßte, wenn gar Niemand für denselben in der Verhandlung aufgetreten wäre. Demgemäß ist auch B, nicht A, zur Erhebung des Einspruchs und sonstiger Rechtsmittel befugt (§. 303).

2) Nach dem zweiten Absatz des Paragraphen können die Prozeßhandlungen des nach Abs. 1 zugelassenen Vertreters von der vertretenen Partei nicht angefochten werden, wenn dieselbe entweder mündliche Vollmacht ertheilt oder die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat, und zwar auch dann oder vielmehr gerade dann, wenn die in Abs. 1 vorgesehene Frist fruchtlos abgelaufen ist. Die Bedeutung dieser Bestimmung beruht darin, daß alle die dem Versäumnißurtheil vorausgegangenen Handlungen mit Rechtsmitteln nicht angefochten werden können, daß insbesondere die Nichtigkeitsklage in solchem Falle von der vertretenen Partei nicht wirksam angestellt werden kann (§. 542 Ziff. 4, §. 553 Abs. 1). Zu den unanfechtbaren Prozeßhandlungen gehören insbesondere auch die Verzichte, Ge-

ständnisse, Versäumnisse von Fristen, Eideszuschiebungen und =Annahmen u. s. w.

Diese Unanfechtbarkeit bezieht sich jedoch nur auf die durch den Unbevollmächtigten vertretene Partei. Der Gegenpartei ist es unbenommen, von dem §. 542 Ziff. 4 Gebrauch zu machen (arg. vv.: „die Partei muß 2c.")

3) Eine Veranlassung für das Gericht zur Zulassung eines negotiorum gestor nach Abs. 1 besteht wohl meistens nur im Parteiprozeß, da hier der Vollmachtspunkt von Amtswegen zu prüfen ist (§. 84 Abs. 1). Im Anwaltsprozesse wird dieß nur vorkommen, wo eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist oder wo der Gegner den Vollmachtsnachweis verlangt oder der negotiorum gestor selbst auf den Mangel einer Vollmacht hinweist.

4) In der Justizkommission hatten die Abgeordneten Dr. Bähr und Struckmann den Antrag eingebracht, einen §. 83a einzuschalten und demselben die folgende Fassung zu geben:

„Wer als gesetzlicher Vertreter ohne Vertretungsbefugniß, als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht handelt, ist auf Antrag des Gegners in die demselben dadurch verursachten Kosten zu verurtheilen."

Abg. Dr. Bähr hielt die vorgeschlagene Bestimmung namentlich um deswillen für nöthig, weil eine Prüfung der Vollmacht von Seiten des Gerichts nicht stattfinde.

Abg. Struckmann: Viele hielten die vorgeschlagene Bestimmung für selbstverständlich, die Motive überließen diese Frage dem Civilrechte. Die Bestimmung gehöre aber in die Prozeßordnung.

Abg. Reichensperger: Die Frage gehöre hieher, weil die Antragsteller wollten, daß die Verurtheilung in demselben Prozesse erfolgen solle.

Abg. Dr. Gneist: Der Satz enthalte eine materielle Rechtsentscheidung. Die Sache sei ihm nicht wichtig genug, das Interesse sei ein sehr geringes.

Abg. Dr. Bähr ist der Ansicht, daß die Anstellung eines besonderen Prozesses zu großen Weitläufigkeiten führen würde.

Der Antrag wurde bei der Abstimmung abgelehnt.

---

§. 86. (§. 84 des Entw.)

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Partei mit jeder prozeßfähigen Person als Beistand erscheinen.

Das von dem Beistande Vorgetragene gilt als von der Partei vorgebracht, insoweit es nicht von dieser sofort widerrufen oder berichtigt wird.

Motive: „Der §. 84 begründet sich durch die Nothwendigkeit, den Prozeßparteien die möglichste Freiheit in der Rechtsverfolgung zu gewähren. Die Zuziehung von Beiständen im Anwaltsprozesse ist durch das Prinzip des §. 72 Abs. 1 begrifflich ausgeschlossen. Im Parteiprozesse sind dagegen die Parteien befugt, vor Gericht mit jeder prozeßfähigen Partei (§. 73) als Beistand zu erscheinen. Desgleichen bestimmen Hannover §. 104, Baden §. 128, Württemberg Art. 129, Bayern Art. 78, preuß. Entw. §. 89, nordd. Entw. §. 147. Die Befähigung zum Beistande wird der Qualifikation zum Bevollmächtigten parallel behandelt.

„Hinsichtlich der Zulassung der Beistände gilt die allgemeine Regel des §. 137 und in Betreff der Wirksamkeit der von dem Beistande ohne Widerspruch der Partei abgegebenen Erklärungen die analoge Vorschrift des §. 79."

1) Der Zweck des Erscheinens mit einem Beistande ergibt sich aus Abs. 2 dieses Paragraphen. Er kann anstatt der Partei und neben der Partei thatsächliche und rechtliche Ausführungen vortragen. Ueber die Zulässigkeit und Wirkung des sofortigen Widerrufs s. oben zu §. 81 Nr. 2.

2) Abs. 1 umfaßt wiederum außer dem Parteiprozeß auch die Verhandlungen des Anwaltsprozesses, für welche nach §. 74 Abs. 2 eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist. Ueber die Kosten der Beistandschaft vgl. die Motive zu §. 85.

Fünfter Titel.

Prozeßkosten.

Motive: „Der Entwurf gibt nur die Vorschriften über die wechselseitigen Rechtsverhältnisse der Parteien in Betreff der Prozeßkosten. Die Rechte des Justizfiskus und der von den Parteien im Prozesse in Anspruch genommenen Beamten bezüglich der Sporteln und Gebühren stehen hier

außer Frage und sind besonderer gesetzlicher Regelung vorbehalten. Der beschränkte Inhalt rechtfertigt die systematische Stellung des Titels im allgemeinen Theile des Entwurfs und in dem Abschnitte von den Parteien. Die gleiche Behandlung der Materie befolgen die Prozeßgesetze von Hannover §§. 44 ff., Baden §§. 169 ff., Württemberg Art. 133 ff., Bayern Art. 106 ff., sowie der hannov. Entw. §§. 66 ff., der sächs. Entw. §§. 256 ff. und der nordd. Entw. §§. 149 ff. Aber auch in dieser Beschränkung enthält der Titel nicht alle Vorschriften des Entwurfs über die Prozeßkosten, vielmehr sind zahlreiche Spezialbestimmungen des Zusammenhangs wegen und zur Vermeidung von Wiederholungen an den betreffenden Stellen des besonderen Theils gegeben. Kostenrechtliche Vorschriften enthalten namentlich die §§. 208 Abs. 3, 241 Abs. 2, 246 Abs. 2, 299 für den Fall der Säumniß, die §§. 234 Abs. 3, 456 Abs. 3, 505 für die Fälle der Zurücknahme von Klagen und Rechtsmittel, die §§. 585, 591 für das Mahnverfahren, §. 539 Abs. 2 für den Urkunden- und Wechselprozeß, die §§. 333, 334, 353 für Zeugen, §. 365 für Sachverständige, die §§. 646, 657, 668 für die Zwangsvollstreckung. Die §§. 566, 571 regeln die Fälle des Ehe- und Entmündigungsverfahrens, in denen der Staatsanwalt als Partei auftritt und unterliegt.

„Uebereinstimmend mit den genannten Gesetzgebungen und dem Code de proc. art. 130 geht der Entwurf von dem Grundsatze aus, daß das Unterliegen in der Hauptsache als Rechtsfolge die Verantwortlichkeit für die Prozeßkosten nach sich ziehe. Das Prinzip der Strafe als Rechtsgrund ist allgemein aufgegeben; die Begründung aus der allgemeinen Pflicht zum Ersatze widerrechtlich verursachten Schadens spricht unter den neuen Prozeßgesetzen nur Baden §. 169 aus. Vermieden ist die ungerechte Schonung des unterliegenden Theils auf Kosten des Siegers, zu welcher vielfach der preußische Prozeß (z. B. AGO. I 23 §§. 2, 4) durch unzutreffende Anwendung der Bestimmungen über die Verschuldung gelangt war."

---

§. 87. (§. 85 des Entw.)

Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren.

Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind in allen Prozessen zu erstatten, Reisekosten eines

auswärtigen Rechtsanwalts jedoch nur insoweit, als die Zuziehung nach dem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war. Die Kosten mehrerer Rechtsanwälte sind nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen, oder als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten mußte.

Motive: „In Anwendung des allgemeinen Prinzips bestimmt der §. 85, daß die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreites zu tragen, d. i., wie der preuß. Entw. §. 1348 hervorhebt, nicht nur die ihr erwachsenden Kosten zu tragen, sondern insbesondere die dem Gegner erwachsenden Kosten zu erstatten hat. Ausnahmen von dieser allgemeinen Regel enthalten die später zu rechtfertigenden §§. 87—89 und 90 Abs. 2.

„Im einzelnen Falle wird die Erstattungspflicht objektiv durch §. 85 beschränkt auf die Erstattung der gegnerischen Kosten, soweit dieselben nach dem freien Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren (vgl. hannov. Entw. §. 67, Württemberg Art. 134, nordd. Entw. §. 149, Bayern Art. 106).

„Gegenstand der Erstattungspflicht sind die durch den Prozeß entstandenen Kosten der Partei ohne Rücksicht darauf, ob dieselben an das Gericht oder an einen andern Zahlungsempfänger gezahlt sind; im Sinne des preußischen Prozesses die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten.

„Außerhalb des Prozeßkostenersatzes liegen Schadensansprüche, deren Fundament nicht allein durch die Thatsache des Obsiegs im Rechtsstreite, sondern noch durch weitere Umstände begründet werden. Solche Forderungen sind in besonderem Prozesse zu verfolgen. Württemberg Art. 150 spricht den nicht zweifelhaften Satz noch besonders aus. Bayern Art. 119 verpflichtet dagegen das Prozeß- bezw. Vollstreckungsgericht zur sofortigen Entscheidung über dergleichen Schadensansprüche und begründet für die etwaige Nachliquidation einen besonderen Gerichtsstand des Zusammenhangs.

„Das Gericht entscheidet über die liquidirten Kosten nach freiem Ermessen. Das Gericht hat solchergestalt frei zu würdigen über den Ersatz der Kosten einer vom Beklagten geschehenen Streitverkündung (vgl. preuß. Entw. §. 1352), ob für Streitgenossen genügende Veranlassung vorlag, mehrere Anwälte zu bestellen (vgl. preuß. Entw. §. 112), ob die Partei Grund hatte, neben dem Prozeßbevollmächtigten im Termine persönlich zu erscheinen — Bayern Art. 106, Württemberg Art. 149 —, über die Kosten für Beistände, ob die Kosten der Beweisaufnahme, z. B. des Zeugenbeweises insgesammt nöthig waren (vgl. preuß. AGO. I 23 §. 23 Nr. 3,

preuß. Entw. §. 481), ob Kosten für Handlungen der Zwangsvollstreckung zweckmäßig verwendet sind, z. B. im Falle des §. 689 u. s. w.

„Das freie arbitrium des Gerichts wird durch den Abs. 2 des §. 85 beschränkt in Betreff der Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei. Diese Kosten bilden im Sinne des §. 85 Abs. 1 einen regelmäßigen Gegenstand der Erstattungspflicht. Die Festsetzung, daß auch im Parteiprozesse die Anwaltskosten von Rechtswegen als zweckentsprechende Kosten der Rechtsverfolgung und Rechtsvertheidigung gelten, ist schon bestehendes Recht nach Württemberg Art. 147 und Bayern Art. 106. Das preuß. Anwaltskostengesetz vom 12. Mai 1851 berechtigt im Bagatellprozesse zur Liquidation der Anwaltskosten (§. 8), soweit die Führung des Prozesses durch die Partei gleichfalls außergerichtliche Kosten verursacht haben würde, oder wenn die Partei durch Krankheit, Abwesenheit oder Amt an der persönlichen Wahrnehmung des Termins behindert war (vgl. preuß. Ges. v. 2. März 1870 §§. 2, 3). Dagegen tritt nach §. 85 auch in Betreff der Anwaltskosten das Ermessen des Gerichts ein für die Erstattung der Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts. Wenn die Partei ohne Nothwendigkeit des Wechsels successive sich mehrerer Anwälte bedient hat, so braucht der Gegner die Kosten nur bis zur Höhe der Vertretung durch einen Rechtsanwalt zu erstatten."

Außer den in den Motiven aufgezählten, in dem Entwurf zerstreuten Spezialbestimmungen über Prozeßkosten, von welchen übrigens §. 574 vollkommen beseitigt ist durch die über das Entmündigungsverfahren gefaßten Commissionsbeschlüsse (§§. a—ii der Kommissionsvorlage an Stelle der §§. 568—580 des Entwurfs), sind aus dem Gesetze noch folgende Paragraphen zu erwähnen: §. 72 (s. o. zu §. 72 Nr. 4 S. 255, 256), §§. 367, 374, 601, 614, 618, 622, 624 Abs. 4, 626 Abs. 4, 685 Abs. 2 697, 708, 719, 760 Abs. 2, 771 Abs. 3, 773, 792.

1) Die unterliegende Partei hat prinzipiell die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Als unterliegend ist nur derjenige zu erachten, dessen Klage oder Rechtsmittel abgewiesen oder der als Beklagter verurtheilt wird (vgl. Motive zu §. 90 des Entw.). Es kann daher weder der Kläger im Falle des §. 277, noch der Beklagte im Falle des §. 278 als unterliegend gelten, wenn der Gegner den dort vorgesehenen Antrag zu stellen unterläßt.

2) Die Kosten des Rechtsstreits zu tragen bezw. zu erstatten ist Pflicht der unterliegenden Partei. Durch diese Bestimmung soll nur das wechselseitige Rechtsverhältniß der Parteien in Betreff der Prozeßkosten ge-

ordnet sein, wie die Motive zu diesem Titel hervorheben. In Uebereinstimmung mit dieser Auffassung befand sich auch die Justizkommission, wie sich aus Folgendem ergibt:

Zu §. 85 bemerkte Abg. Reichensperger: Es sei ihm eine Eingabe aus Sachsen zugekommen, wonach dort die Uebung bestehe, Kosten des Streites, welche der Unterliegende wegen Mittellosigkeit nicht bezahlen könne, von dem Obsiegenden beizutreiben. Er glaube, daß §. 85 diesem Verfahren künftig im Wege stehen werde.

Direktor von Amsberg meinte, §. 85 betreffe nur das Verhältniß der Parteien unter sich, nicht das Verhältniß derselben zur Gerichtskasse. Letzteres Verhältniß sei im Kostengesetze zu regeln.

Abg. Reichensperger erklärte, daß er diese Auslegung des §. 85 nicht acceptiren könne. §. 85 müsse auch für Ansprüche der Staatskasse maßgebend sein.

Direktor von Amsberg erwiderte: Es sei selbstverständlich, daß §. 85 bei der Festsetzung der Kostenpflicht im Kostengesetze Berücksichtigung finde. Allein aus §. 85 folge nicht, daß die Staatskasse von der obsiegenden Partei nach dem Urtheile keine Gebühr mehr erheben dürfe. Abg. Reichensperger scheine von der Voraussetzung auszugehen, als ob es keine andere Art der Kostenerhebung als die in Pauschalsummen gebe.

Abg. Eysoldt: Nach sächsischem Recht hafte jede Partei der Gerichtskasse für die Kosten der Prozeßakte, welche sie zunächst veranlaßt. Diese Haftung dauere auch nach dem Urtheile fort, gleichviel ob die Partei unterlag oder siegte. Die Regelung dieser Sache gehöre nicht hieher, sondern in das Kostengesetz. (Komm.-Prot. S. 518 al. 780).

Gegen diese Ausführung erhob sich aus der Kommission kein Widerspruch. Diese Auffassung befindet sich im Einklang mit Art. 105 Abs. 1 der bayr. CPO., wie derselbe in der Praxis ausgelegt wird, obwohl er nur von der Zeit während des Prozesses spricht.

3) Nur jene Kosten sind zu erstatten, welche nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren. Das freie Ermessen des Gerichts ist jedoch nach verschiedenen Richtungen hin beschränkt:

a) Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind in allen Partei- wie Anwaltsprozessen zu erstatten mit Ausnahme der Reisekosten eines auswärtigen Anwalts. Diese letztere Ausnahme gilt auch für den Fall, daß am Sitze eines Amtsgerichtes, vor dem zu prozediren ist, kein Rechtsanwalt wohnt.

In den Verhandlungen der Justizkommission wurde von dem Abg. Reichensperger beantragt, den Eingang des Abs. 2 dahin zu fassen:

„Im Anwaltsprozesse sind die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei stets zu erstatten" rc.

Der Antrag bezweckte nach Ausführung des Antragstellers die Ausschließung der Erstattung von Anwaltskosten im amtsgerichtlichen Prozesse. Auf dem nemlichen Standpunkt stehe das französische und preußische Recht.

Direktor von Amsberg machte dagegen geltend: Der Entwurf stehe auf dem Standpunkte, daß die Annahme eines Rechtsanwalts stets und in allen Prozeßarten als ein Aufwand angesehen werden müsse, der zur Führung des Prozesses entweder nothwendig oder mindestens zweckmäßig gewesen sei. Wenn manche Staaten von anderen Grundsätzen ausgingen, so liege darin ein gewisses Mißtrauen gegen die Anwälte. Dieses Mißtrauen theile der Entwurf nicht.

Abg. Dr. Völk erinnerte daran, daß nach dem Entwurfe (§. 6) die Amtsgerichte unter Umständen auch für Besitzprozesse zuständig seien, und daß schwerlich ein Laie im Stande sein werde, derartige meist sehr schwierige Prozesse ohne Anwalt zu führen.

Der Antrag Reichensperger wurde von der Kommission abgelehnt.

b) Die Kosten mehrerer Rechtsanwälte derselben Partei sind prinzipiell immer als überflüssige Kosten auf den Betrag zu erachten, der die Kosten eines Rechtsanwalts übersteigt, es müßte denn ein Wechsel in der Person des Rechtsanwalts zur Nothwendigkeit geworden sein. Wann eine solche Nothwendigkeit anzunehmen sei, das entscheidet wiederum das freie Ermessen des Gerichts, soferne nicht der Wechsel kraft Gesetzes einzutreten hat, wie im Falle des Todes oder des Verlustes der Prozeßfähigkeit eines Anwaltes in Anwaltsprozessen (§. 221). Das Gericht wird also insbesondere nach freiem Ermessen dann zu entscheiden haben, wenn der Anwalt oder die Partei das Mandat kündigt und eine Nothwendigkeit des Wechsels da annehmen, wo Pflichtverletzung des Anwalts die Kündigung veranlaßt hat.

c) Nach §. 90 darf das Gericht niemals die auf Versäumung eines Termines oder einer Frist, auf die Verlegung eines Termines, Vertagung einer Verhandlung, Anberaumung eines Termines zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist erwachsenen Kosten als zu erstattende erklären, wenn sie durch Schuld der obsiegenden Partei verursacht wurden.

d) Ebenso sind nach §. 180 die Mehrkosten einer Zustellung durch den Gerichtsvollzieher im Verhältniß zu den Zustellungskosten der Post von der Erstattung ausgeschlossen.

4) Die Entscheidung im Kostenpunkt muß auch ohne Parteiantrag von Amtswegen erfolgen (§. 279 Abs. 2); also spätestens im Endurtheile. Es kann aber auch ein Zwischenurtheil über die Kosten des Zwischenstreits ent-

scheiden. (Diese Möglichkeit ist zwar nicht ausgesprochen, ergibt sich aber schon aus dem Zusammenhalte von §. 91 mit §. 275.)

5) Landesgesetzliche Vorschriften über die Pflicht zur Erstattung von Prozeßkosten sind selbstverständlich aufgehoben (EG. z. CPO. §. 14), soweit sie nicht ausdrücklich aufrecht erhalten sind. (EG. z. CPO. §. 15). Unberührt bleiben jedoch die Bestimmungen der Landesgesetze über die Kosten in Administrativsachen und Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (Vgl. z. B. bayr. Gesetz über Zwangsabtretung von Grundeigenthum v. 17. November 1837 Art. XXI.)

---

§. 88. (§. 86 des Entw.)

Wenn jede Partei theils obsiegt, theils unterliegt, so sind die Kosten gegen einander aufzuheben oder verhältnißmäßig zu theilen.

Das Gericht kann der einen Partei die gesammten Prozeßkosten auferlegen, wenn die Zuvielforderung der anderen Partei eine verhältnißmäßig geringfügige war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat, oder wenn der Betrag der Forderung der anderen Partei von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittelung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war.

Motive: „Dem Grundsatze des §. 85 ist es entsprechend, daß im Falle des theilweisen Unterliegens beider Parteien nach §. 86 die Kosten gegeneinander aufzuheben oder verhältnißmäßig zu theilen sind, denn eine genauere Scheidung der Kosten, je nachdem dieselben durch das Unterliegen des einen oder des andern Theils veranlaßt sind, ist nicht ausführbar.

„Das Aufheben der Kosten gegen einander bezeichnen die preuß. AGO. I 23 §§. 3, 4 als Kompensation; Hannover §. 47 und sächs. Entw. 273, preuß. Entw. §. 1339 als Vergleichung. Die nur uneigentlich als Kompensation zu bezeichnende Maßregel besteht darin, daß jeder Theil die von ihm aufgewendeten Kosten oder noch aufzuwendenden Kosten ohne Ersatzanspruch selbst trägt (vgl. Bayern Art. 109).

„Die verhältnißmäßige Theilung der Kosten unter die Parteien kann in sehr verschiedener Weise geschehen. Es kann das Gericht der einen Partei eine bestimmte Summe — pars quanta — der Kosten auferlegen und die andere Partei mit dem Reste belasten; das Gericht kann aber auch die Kosten nach bestimmten Antheilen — pars quota — vertheilen, und zwar kann die letztere Theilung die gesammten Prozeßkosten umfassen oder sich auf einen Theil derselben beschränken. In dem ersteren Falle werden die

gesammten beiden Theilen erwachsenden Prozeßkosten als ein Ganzes behandelt und von der Gesammtsumme wird jedem Theile eine bestimmte Quote zur Last gelegt. In dem letzteren Falle wird der einen Partei ein aliquoter Theil der Prozeßkosten des Gegners zur Erstattung auferlegt, während im Uebrigen die Kosten beider Theile verglichen werden.

„Die weiteren in einzelnen Rechten anerkannten Fälle der Kostenkompensation, z. B. Code de proc. Art. 132, bei Prozessen unter Verwandten, die Fälle der preuß. AGO. I 23 §§. 3, 6, von denen in Baden §. 172 und Hannover §. 47 Nr. 1 b noch der Fall beibehalten, daß der Entscheidungsgrund des ungünstigen Urtheils der Partei nicht bekannt sein mußte oder konnte, widersprechen dem im Eingange des Titels erörterten Prinzip und sind zum großen Theil eben so willkürlich als ungerecht.

„Trotz der dem Kläger zur Last fallenden Zuvielforderung kann das Gericht dem Beklagten die Erstattung der gesammten Prozeßkosten auferlegen, wenn diese Zuvielforderung

1) eine verhältnißmäßig geringfügige war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat, oder darauf beruht, daß
2) der Betrag der Forderung von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittelung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhing.

„Beide Ausnahmen bestimmen gleichmäßig der preuß. Entw. §. 1340, hannov. Entw. §. 69, nordd. Entw. §. 150, Hannover §. 47, sächs. Entw. §. 274, Bayern Art. 109, Württemberg Art. 137. Die erste Abweichung vom Prinzip beruht auf der Geringfügigkeit der Mehrforderung, deren Berücksichtigung im Kostenpunkte sonst unverhältnißmäßige Weiterungen herbeiführen würde, während bei der zweiten Ausnahme es der Partei kaum möglich war, die Mehrforderung zu vermeiden."

1) Die Vorschrift des §. 88 gilt sowohl für die erste wie für die zweite Instanz. Es kann also insbesondere auch der Berufungsrichter dann die Kosten des ganzen Rechtsstreites, d. i. die der beiden Instanzen dann gegenseitig aufheben oder verhältnißmäßig vertheilen, wenn durch die Berufung zwar das erste Urtheil abgeändert, jedoch dem Appellanten nur ein Theil seines Begehrens zuerkannt wird (s. Motive zu §. 90 des Entw.; cf. Wernz, Commentar zur bayr. CPO. S. 134 Nr. 10 Abs. 2). Zu den Fällen des wechselseitigen Siegens und Unterliegens der Parteien sind auch jene zu rechnen, in welchen bei Klagenhäufung und verbundenem Verfahren (z. B. Hauptintervention, Widerklage) eine Partei in einem Prozesse siegt, im andern unterliegt (cf. §§. 232, 138).

2) Der zweite Absatz des §. 88 macht keinen Unterschied in der Par-

teifstellung d. h. er ist nicht blos dann anwendbar, wenn der Kläger zuviel gefordert hat, wie die Motive vermuthen lassen, sondern auch für den Fall einer Zuvielforderung des obsiegenden Beklagten, die ebensogut wie jene vorkommen kann. Diese Auslegung wird dem ganz gleichlautenden Art. 109 Abs. 2 der bayr. CPO. von dem bayerischen obersten Gerichtshofe gegeben. (s. Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Civilprozesses, Erlangen, bei Palm & Enke Bd. V S. 283. Hier wird ein Fall entschieden, wo der Kläger eine erhebliche Summe einklagt, der Beklagte mit Zahlungs- und Kompensationseinrede Abweisung der Klage verlangt und schließlich der Beklagte doch noch auf einen Betrag von 6 fl. 30 kr. verurtheilt wird. Hier soll der Kläger sämmtliche Kosten tragen.) Es läßt sich in der That weder aus der Natur der Verhältnisse noch aus dem Wortlaut des Gesetzes ein Grund entnehmen, weßhalb nur der theilweise obsiegende Kläger das beneficium des §. 88 Abs. 2 genießen sollte. Auch die Worte der Motive: „Trotz der dem Kläger zur Last fallenden Zuvielforderung ꝛc." lassen nicht darauf schließen, daß sie jene Beschränkung gewollt haben. Es muß hierin vielmehr eine ungenaue exemplificative Ausdrucksweise gefunden werden. Denn der preußische Entwurf §. 1340, der hannöversche Entwurf §. 69 und die von den Motiven citirten Gesetze kennen sämmtliche diese Unterscheidung nicht, §. 1340 des preußischen Entwurfs läßt seiner Wortfassung nach schon keinen Zweifel, daß an beide Fälle gedacht sei und zu Art. 109 Abs. 2 der bayr. CPO. bemerkt Wernz, Commentar S. 134 Nr. 7: „Nach Art. 109 Abs. 2 darf der Richter in zwei Fällen ein vollständiges Unterliegen selbst dann annehmen, wenn die Anträge des obsiegenden Theils nicht ganz zugesprochen worden sind, nämlich ꝛc."

Uebrigens würde die Anschauung der Motive für die Auslegung des klaren Wortlautes des Gesetzes nicht maßgebend sein können.

3) Die verhältnißmäßig geringe Zuvielforderung kann nur außer Betracht bleiben, wenn sie gleichzeitig keine besonderen Kosten veranlaßt hat. Von richterlicher Festsetzung oder Ausmittelung durch Sachverständige ist der Betrag der Forderung z. B. abhängig im Falle des §. 260. Wann der Forderungsbetrag von gegenseitiger Berechnung abhängig sei, das zu entscheiden ist selbst wieder Sache des richterlichen Ermessens, soferne nicht civilrechtliche Normen dieses Inhalts bestehen. So wird z. B. zwischen zwei Parteien, welche im Contokorrentverhältnisse stehen, unter Umständen als nothwendig angenommen werden können, daß beide sich den Contokorrent mittheilen und der Zuvielfordernde sich darauf berufen dürfe, daß ihm die Mittheilung Seitens des Gegners verweigert worden sei.

4) Aus dem Worte „Zuvielforderung" darf nicht geschlossen werden,

daß Abs. 2 nur auf obligatorische Rechtsverhältnisse anwendbar sei. Denn nach dem ganzen Zweck der Bestimmung soll unter Zuvielforderung nichts Anderes verstanden werden als die plus petitio des Gemeinen Prozesses. In den Verhandlungen der hannöverischen Commission wurde dies ausdrücklich anerkannt. Es wurde bei den Berathungen derselben nemlich zu §. 69 des Entwurfs, der dem §. 88 der CPO. entspricht, der Antrag gestellt, statt des Ausdrucks „Betrag der Forderung" den Ausdruck „Umfang des Anspruchs" zu wählen, weil es sich hier nicht blos um obligatorische Verhältnisse, sondern auch um dingliche Klagen z. B. Servitutenklagen u. s. w. handeln könne, welche durch den ersteren Ausdruck nicht umfaßt werden. Dieser Vorschlag wurde aber von der Commission abgelehnt, nachdem bemerkt worden war, daß hier vorzugsweise obligatorische Verhältnisse in Betracht kommen, der Ausdruck „Betrag der Forderung" im weiteren Sinne aber auch auf den Streitgegenstand bei dinglichen Klagen bezogen werden könne (s. Hannoversche Protokolle S. 1316).

---

§. 89. (§. 87 des Entw.)

Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.

Motive: „Eine mehr scheinbare Ausnahme von dem Prinzip des §. 85 bestimmt der §. 87.

„Derselbe enthält einen allgemeinen Grundsatz und findet Anwendung auf diejenigen Rechtsstreitigkeiten, in denen der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hatte. Ein materieller Streit der Parteien und ein eigentliches Unterliegen des Beklagten findet hier nicht statt, wenn derselbe den eingeklagten dinglichen oder persönlichen Anspruch sofort anerkennt oder, ohne sich auf den Rechtsstreit einzulassen, das Versäumnißurtheil wider sich ergehen läßt[1]). Der Grundsatz des §. 87 ist bereits durch die preuß. AGO. I 28 §. 4 für die sog. Mandatskündigungsklage vorgeschrieben; er wird insbesondere für die im §. 223 gestatteten Feststellungsklagen praktisch werden, und ist unter Verallgemeinerung seiner Geltung aus dem preuß. Entw. §. 224 und dem nordd. Entw. §. 195 übernommen. Darüber, ob im einzelnen Falle der Beklagte durch sein Verhalten zur Klage Veranlassung gegeben hat oder nicht, ist vom Gerichte nach den betreffenden Behauptungen des Klägers in der Klageschrift, beziehentlich im Termine zur mündlichen Verhandlung zu entscheiden".

[1]) S. jedoch Nr. 1.

1) Der Entwurf (§. 87) enthält noch den weiteren Satz: „oder wenn er, ohne auf den Rechtsstreit sich einzulassen, Versäumungsurtheil gegen sich ergehen läßt.“ Dieser Satz wurde auf Antrag des Abg. Hauck in der Justizkommission gestrichen. Ein Versuch, denselben wiederherzustellen, welcher in zweiter Lesung unternommen wurde, mißlang (Komm.-Prot. S. 33 u. 518, 519, al. 789, 781), weil die Mehrheit der Kommission Mißbrauch dieser Bestimmung befürchtete.

2) In welchen Fällen gesagt werden könne, daß der Beklagte durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage keinen Anlaß gegeben habe, läßt sich nicht allgemein entscheiden. Negativ läßt sich bestimmen, daß nicht schon dann der Beklagte Anlaß zur Klage gibt, wenn die Forderung des Klägers fällig oder überhaupt im civilrechtlichen Sinne actio nata ist. Abgesehen von den in den Motiven erwähnten Feststellungsklagen wird die Bestimmung des §. 89 besonders praktisch werden in Fällen der §§. 72 u. 73 (zu §. 72 vgl. oben S. 255 letzter Absatz; zu §. 73 oben S. 261 Z. 19 v. o.). Ein durch positive gesetzliche Bestimmung vorgesehener Fall dieser Art ist in §. 9 Abs. 2 der Konkursordnung enthalten. Demnach sind die dort genannten „Prozeßkosten“ als die „fortan (d. h. nach der Konkurseröffnung) erwachsenden“ Kosten zu denken (v. Völderndorff, Kommentar zur Konkursordnung Abth. I S. 154 lit. r); sie fallen jedoch nicht dem Kridar, sondern dem Gegner zur Last. Der Verzug des Beklagten ist ein allgemein entscheidendes Merkmal nicht, z. B. nicht bei dinglichen Ansprüchen.

3) Damit die Rechtswohlthat des §. 89 dem Beklagten zu Theil werde, ist nothwendig, daß die Anerkennung des klägerischen Anspruchs in der mündlichen Verhandlung erfolgt (s. Nr. 1 u. hiezu §. 296).

---

§. 90. (§. 88 des Entw.)

Die Partei, welche einen Termin oder eine Frist versäumt, oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlaßt, hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen.

§. 91. (§. 89 des Entw.)

Die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels können der Partei auferlegt werden, welche dasselbe geltend gemacht hat, auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt.

§. 92. (§. 90 des Entw.)

Die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels fallen der Partei zur Last, welche dasselbe eingelegt hat.

Die Kosten der Berufungsinstanz können der obsiegenden Partei ganz oder theilweise auferlegt werden, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, welches sie nach freiem Ermessen des Gerichts in erster Instanz geltend zu machen im Stande war.

Die Kosten der Revisionsinstanz in Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind, hat auch im Falle des Obsiegens die Reichs- oder die Staatskasse zu tragen, wenn der Werth des Streitgegenstandes die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt und der Vertreter des Reichs oder des Staats die Revision eingelegt hat.

Motive: „Die §§. 88, 89, 90 Abs. 2 umfassen die Fälle der Kostenseparation, deren allgemeines Prinzip Württemberg Art. 142 zutreffend dahin bestimmt, daß auch die in der Hauptsache obsiegende Partei diejenigen Kosten tragen muß, welche durch ihre Versäumnisse oder durch zwecklose Handlungen oder durch Verzögerung der Sache ihrerseits ihr selbst oder dem Gegner erwachsen. In diesen Fällen und im §. 87 hat die obsiegende Partei gegen das allgemeine Prinzip des §. 85 nicht nur ihrerseits keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten, sondern auch die Pflicht zur Erstattung der Kosten des in der Hauptsache unterliegenden Gegners.

„Der §. 88 enthält eine zwingende Vorschrift und wird anwendbar, wenn eine Partei einen Termin oder eine Frist versäumt oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung, die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlaßt. Diese Vorschrift ist gleich den §§. 241, 246 nothwendig als wirksames Mittel gegen die Verschleppung der Prozesse und entspricht dem preuß. Entw. §. 1344 Nr. 3, dem hannov. Entw. §§. 194, 193, dem nordd. Entw. §§. 151, 152.

„Zum Theil auf gleichen Gründen beruht die nur fakultative Vorschrift des §. 89, welche mit dem preuß. Entw. §. 1344 Nr. 1, nordd. Entw. §. 154 übereinstimmt. Da die gerichtlichen Urtheile über die Ansprüche der Parteien und nicht über die Angriffs- und Vertheidigungsmittel entscheiden, da ferner die Parteien in der Wahl ihrer Rechtsverfolgung frei sein müssen und es nicht ohne Weiteres widerrechtlich ist, wenn erhebliche Klagegründe oder Einreden mit unerheblichen kumulirt werden, so ist der Hannover §. 47 und Württemberg Art. 134 ausgedrückte Satz unbedenklich, daß die Ver-

werfung einzelner Angriffs- und Vertheidigungsmittel einer Partei für sich allein die Ausscheidung der hierdurch veranlaßten Kosten zu Lasten der obsiegenden Partei noch nicht rechtfertigt. Die Entscheidung wird das Gericht vielmehr aus dem konkreten Falle entnehmen müssen.

„Der §. 90 Abs. 1 bestimmt in Konsequenz des allgemeinen Prinzips (§. 85), daß die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels der Partei zur Last fallen, welche dasselbe eingelegt hat. Das erfolglos angewendete Rechtsmittel wird sachgemäß gleich einer abgewiesenen Klage behandelt. Insoweit besteht auch Uebereinstimmung in den Prozeßgesetzen (vgl. insbesondere preuß. AGO. I, 23 §. 6, preuß. Entw. §. 1341, nordd. Entw. §. 155, Hannover §. 46 Abs. 2).

„Hat dagegen ein eingelegtes Rechtsmittel Erfolg und wird in der Rechtsmittelinstanz die angegriffene Sachentscheidung abgeändert, so fällt damit auch die Kostenentscheidung des reformirten Urtheils. Die gesammten Kosten des Rechtsstreits in allen Instanzen stellen eine einheitliche Aufwendung dar, welche die Geltendmachung des erstrittenen Rechts erforderte, und sind daher nach Maßgabe der in der Sache zuletzt ergehenden Entscheidung dem allgemeinen Prinzip des §. 85 gemäß dem Unterliegenden aufzuerlegen. Diese Konsequenz spricht der Entwurf nicht gleich dem preuß. Entw. §. 1342 und Württemberg Art. 139 ausdrücklich aus. Dieselbe ergibt sich als beabsichtigte Folgerung von selbst aus dem an die Spitze des Titels gestellten allgemeinen Grundsatze. Wird in Folge des eingelegten Rechtsmittels nur eine theilweise Aenderung des erstinstanzlichen Urtheils erzielt, so tritt der §. 86 in Anwendung. Das Vorstehende gilt für alle Rechtsmittel des Entwurfs und es sind keine abweichenden Vorschriften für die höheren Rechtsmittel wie im preuß. Entw. §. 1343 gegeben worden [1]). Die Sonderbestimmung im §. 299 für den Fall des Einspruchs rechtfertigt sich zur Ausgleichung der durch das System des Entwurfs geforderten leichten Zugänglichkeit dieser nicht als Rechtsmittel konstruirten Aushülfe und zur Sicherung des Gegners der säumigen Partei wider Vermehrung seiner Prozeßkosten in Folge der fremden Versäumung. Die frühere gemeinrechtliche und noch von der preuß. Allg. Ger.-Ordn. I, 23 §. 6, der preuß. Verordn. v. 14. Dezember 1833 §. 17, Koburger Prozeßgesetz vom 1. November 1858 §. 100 und Meininger Prozeßgesetz v. 16. Juli 1862 Art. 66 festgehaltene Theorie, im Falle der veränderten Sachentscheidung in höherer Instanz die Prozeßkosten zu vergleichen, sei es für die mehreren Rechtszüge oder für die Kosten der höheren Instanz unter Verurtheilung des Gegners in die Kosten der Vorinstanzen, verstößt gegen das allgemeine

[1]) S. jedoch §. 92 Abs. 3 des Gesetzes.

Prinzip. Dagegen erkennt der §. 90 Abs. 2 in Uebereinstimmung mit Hannover §. 47, Württemberg Art. 718, preuß. Entw. §. 1344, hannov. Entw. §. 590, norbd. Entw. §. 797 ein Verschulden der obsiegenden Partei für die Fälle an, in denen der Berufungskläger in Folge eines neuen Vorbringens ganz oder theilweise obsiegt, welches er nach freiem Ermessen des Gerichts in erster Instanz geltend zu machen im Stande war. Das Gericht soll ihm daher die Kosten der Berufungsinstanz ganz oder theilweise auferlegen dürfen."

1) Nach §. 90 muß jede Partei, auch wenn sie obsiegt, diejenigen Kosten tragen, welche

a) entweder durch Versäumniß einer Frist oder eines Termines ihrerseits entstanden sind, gleichviel ob sie daran Schuld trägt,

b) oder durch die von ihr verschuldete Vertagung, Verlegung eines Termins ꝛc.

Fälle der ersten Alternative (a) sind die Wiedereinsetzungsfälle (§. 211), ferner der Fall des §. 309.

2) Ueber die Unterschiede zwischen Verlegung eines Termines, Vertagung einer Verhandlung, Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung vgl. zu §. 206.

3) Eine durch Verschulden veranlaßte Verlegung, Vertagung ꝛc. ist stets anzunehmen, wo eine Partei im Widerspruch mit den Vorschriften über die Ladung und Einlassung (§§. 192, 234, 459, 481, 517) oder über die Zustellung der Schriftsätze (§§. 123, 244, 245, 484, 519) vorgeht und hiedurch den Gegner zu einem Vertagungs- oder Verlegungsantrag veranlaßt oder wo eine Vertagung bezw. Verlegung wegen Zurückweisung des Bevollmächtigten oder der Partei selbst in den Fällen der §§. 143, 144 erfolgt.

In wie weit Vertagung ꝛc. wegen ungenügender Information des Prozeßbevollmächtigten oder der Partei als verschuldet zu gelten hat, ist Thatfrage.

4) Die Verurtheilung in die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs oder Vertheidigungsmittels [Einrede, Replik, Beweismittel, Widerklage (§. 251), Streitverkündung, nominatio auctoris etc.] kann (ohne Antrag) erfolgen, ungeachtet ein solches nach dem Ermessen des Gerichtes zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war (§. 87 Abs. 1). Wenn z. B. der Darlehnsbeklagte den Zeugenbeweis der Zahlung durchzuführen versucht, dieser Beweis aber mißlingt, nachher jedoch der Kläger selbst zugesteht, daß er nichts zu fordern habe, oder den zugeschobenen Eid nicht leistet, so kann trotz der Klagsabweisung der Beklagte in die Kosten des Zeugenbeweises verurtheilt werden.

5) §. 92 Abs. 1 entspricht dem Prinzip des §. 87 Abs. 1, da das Rechtsmittel auf Seite dessen, der es einwendet, der Klage in erster Instanz analog ist.

Ueber die Art der theilweisen Kostenauflage im Falle des §. 92 Abs. 2 entscheidet lediglich das richterliche Ermessen. Es kann also auch hier entweder eine Quotentheilung oder die Auflage einer bestimmten Kostensumme erfolgen.

Der Ausspruch des Gerichtes nach §. 92 Abs. 2 ist fakultativ, jedoch gleichfalls unabhängig von einem Parteiantrage.

Als ein neues Vorbringen im Sinne des Gesetzes ist es nicht anzusehen, wenn im zweiten Rechtszuge ein von Amtswegen schon in erster Instanz zu berücksichtigendes Verhältniß geltend gemacht wird und die Partei um dessentwillen in der Berufungsinstanz obsiegt. Vgl. Urtheil des bayrischen obersten Gerichtshofs in der „Sammlung von Entscheidungen in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses" Bd. VI S. 670 f. Hier wird mit Rücksicht auf den Art. 736 der bayr. CPO., der mit §. 92 Abs. 2 übereinstimmt, Folgendes ausgeführt[2]:

„Der Zweck der Bestimmung des Art. 736 ist, einen Mißbrauch der den Parteien eingeräumten Befugniß, neue Thatsachen, Angriffs-, Vertheidigungs- und Beweismittel in der Berufungsinstanz noch geltend zu machen (Art. 707 der bayr. CPO. = §. 491 der CPO. für das Deutsche Reich), zur Chikane des Gegners und grobe Nachlässigkeit bez. des Vorbringens der Angriffs- und Vertheidigungsmittel in dem ersten Rechtszuge durch Ueberbürden der Kosten des zweiten Rechtszuges zu verhüten. Ein solcher Mißbrauch oder grobe Nachlässigkeit in dieser Beziehung liegt aber nicht vor, da schon im ersten Rechtszuge dem Richter alle zur Beurtheilung seiner Unzuständigkeit erforderlichen Thatsachen vorgetragen waren. Hat der erste Richter unterlassen, auf diese Thatsachen von Amtswegen, wie ihm geboten, die gesetzlichen Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gerichte anzuwenden, so kann auf den durch dieselben Thatsachen begründeten Antrag an den Zweitrichter auf nunmehrige Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmungen ein besonderer Nachtheil nicht gesetzt sein."

Zum neuen Vorbringen ist auch das Wiedervorbringen der Angriffs-

---

[2]) Es handelte sich um folgenden Fall: Wegen angeblicher Miethsache war zum Einzelgericht Klage erhoben und Beklagter verurtheilt. Auf erhobene Berufung erst schützte der Beklagte die Unzuständigkeit des Einzelgerichts vor, weil keine Miethsache vorliege. Dieß erkannte die 2. Instanz als richtig an, wies darum die Klage ab, überbürdete aber die Kosten der Berufung dem obsiegenden Beklagten gemäß Art. 736. Hiegegen erhob dieser Richtigkeitsbeschwerde zum obersten Gerichtshof.

und Vertheidigungsmittel zu zählen, welche im ersten Rechtszuge als verspätet zurückgewiesen wurden. (§§. 251 Abs. 1, 252, 256 Abs. 1.)

6) Der dritte Absatz des §. 92 findet sich im Entwurfe der Civilprozeßordnung nicht. Die erste Anregung zur Aufnahme dieser Bestimmung erfolgte bei den Verhandlungen der Justizkommission zur Berathung des Entwurfes eines Gerichtsverfassungsgesetzes. Hier stellte der Abgeordnete Dr. Bähr zu §. 50 des Entwurfs, der dem §. 70 des GVG. entspricht, den Antrag auf Annahme folgenden Zusatzes:

„Wird in solchen Sachen, welche nach den Vorschriften der Absätze 2 und 3 ihres den Werth von 300 M. nicht übersteigenden Werthes ungeachtet in erster Instanz an die Landgerichte gelangen, von dem Vertreter des Reichs oder des Staates die dritte Instanz beschritten, so hat auch im Falle des Obsiegs das Reich oder der Staat die Kosten dieser Instanz zu tragen."

Dieser Antrag wurde wie folgt begründet: „Er (Antragsteller) verkenne nicht die Berechtigung der landesgesetzlichen Vorschriften, welche anordnen, daß in Prozessen der in §. 50 Abs. 2 und 3 bezeichneten Art das Landgericht in erster Instanz ohne Rücksicht auf den Werth ausschließlich zuständig sein solle. Die Absicht sei, in letzter Instanz stets die Entscheidung des höchsten Gerichts herbeiführen zu können, und dieß finde seine Begründung darin, daß in Sachen der fraglichen Art bei kleinen Objekten meist über prinzipiell wichtige Fragen und damit für den Staat oder das Reich implicite über Tausende entschieden werde. Dieß sei ein wohlbegründetes Interesse des Fiskus, aber es würde unbillig sein, durch diese im fiskalischen Interesse erlassene Vorschrift die Kosten der mit dem Fiskus im Prozeß befangenen Partei zu vermehren. Er verlange also, daß die Kosten der ersten und zweiten Instanz bei Objekten bis zu 300 M. nicht höher sich belaufen, als wenn jene Sachen vor den Amtsgerichten verhandelt würden: eine entsprechende Vorschrift müsse, weil den Ansatz der Kosten betreffend, im Kostengesetze ihre Stelle finden. Zweitens müsse vorgeschrieben werden, daß der Fiskus, so oft er die in seinem Interesse geschaffene dritte Instanz beschreite, auch wenn er in derselben obsiege, deren Kosten trage; diese Bestimmung gehöre hieher oder in die Civilprozeßordnung, da sie eine Ausnahme enthalte von dem Satze, daß der unterliegende Theil dem obsiegenden die Kosten erstatten müsse. — Die Vorschrift solle nicht Platz greifen, wenn der Gegner des Fiskus das Rechtsmittel einlege."

Dieser Antrag wurde trotz des Widerspruchs von Seiten des Direktor v. Amsberg angenommen (Prot. der Verhandlungen der Kommission zur Berathung des Entwurfs eines GVG. S. 360, 361) und später von der Redaktionskommission als Abs. 3 dem §. 90 des Entwurfes einer CPO.

angefügt. Bei der zweiten Berathung des §. 90 äußerte sich hierüber Direktor von Amsberg:

„Unzweifelhaft enthalte jener Antrag eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß der Unterliegende die Prozeßkosten zu tragen habe. Zur Rechtfertigung dieser Ausnahme habe sich der Antragsteller seinerzeit darauf bezogen, daß die Vorschriften im §. 50 Abs. 2 und 3 des GVG. lediglich im Interesse des Fiskus zu dem Zwecke aufgenommen worden seien, um in Prozessen über Ansprüche der fraglichen Art stets eine Entscheidung des höchsten Gerichts herbeiführen zu können. Von einer Begünstigung des Fiskus, von einem Privilegium desselben könne aber nicht wohl die Rede sein, da in solchen Prozessen nicht nur dem Fiskus, sondern auch dem Gegner die Revision unbeschränkt zustehen solle (§. 485 Abs. 2 des Entwurfs). Zur Aufnahme der obgedachten Vorschriften habe die Erwägung geführt, daß auf denjenigen Gebieten des Privatrechts, welche mit dem öffentlichen Rechte in einem untrennbaren Zusammenhange stehen, im Interesse beider Parteien die für das öffentliche Recht in viel höherem Maße als für das Privatrecht erforderliche Gleichmäßigkeit der Anwendung gesichert werden müsse."

Abg. Dr. Bähr entgegnete hierauf: „Vom Standpunkte der Regierungen aus finde er es erklärlich, daß sie den angenommenen Zusatz bekämpften. Die Kommission aber müsse den entgegengesetzten Standpunkt festhalten, weil sonst eine Art Immunität des Staats gegen Prozesse über Objekte von geringem Werthe geschaffen würde. Der Kläger würde in der Mehrzahl derartiger Fälle von der Verfolgung seines Anspruchs absehen, wenn die Möglichkeit gegeben sei, daß die Sache in die dritte Instanz gelangen und dadurch ein ganz unverhältnißmäßiger Aufwand von Kosten entstehen könne. Die Annahme eines Privilegiums auf Seiten des Fiskus werde auch durch den Umstand nicht ausgeschlossen, daß die Revision beiden Parteien unbeschränkt zustehen solle; denn eine andere Regulirung sei überhaupt nicht denkbar. Der Vorredner gehe ebenfalls davon aus, daß es sich um Herstellung von Präjudizien über Fragen des öffentlichen Rechts handle. Hieran habe allerdings der Staat ein sehr erhebliches, der Einzelne aber ein höchst geringes Interesse. Wünsche also der Staat dergleichen Präjudizien, so möge er auch die entstehenden Kosten bezahlen. Erst durch den fraglichen Zusatz werde die Gleichheit zwischen den Parteien wiederhergestellt."

Geh. Oberjustizath Kurlbaum II bemerkte hiezu: „Die Klagen wegen Unverhältnißmäßigkeit der Kosten in geringfügigen Sachen habe er schon bei einer andern Gelegenheit, wenigstens soweit Preußen in Frage komme, als unbegründet bezeichnet. Der Vorredner gehe davon aus, daß

sich die Regierungen ein Privilegium verschaffen und, nur um der Sache das Auffällige zu nehmen, auch dem Gegner das Recht der unbeschränkten Revision gewähren wollten. Wenn man aber gewisse Sachen für unbedingt revisibel erkläre, so könne doch hierin nicht die Ertheilung eines Privilegs an gewisse Personen erblickt werden. Welche große Bedeutung in Sachen der hier fraglichen Art eine gleichmäßige Rechtsprechung habe, gehe u. A. daraus hervor, daß, wenn z. B. Steuer- oder Stempelgesetze in den verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken verschieden ausgelegt werden sollten, hinsichtlich großer Theile des Landes eine Ungleichheit in der finanziellen Belastung herbeigeführt werden würde. Die verbündeten Regierungen seien der Ansicht, daß es sich hier um eine Ausnahmevorschrift handle, daß aber nicht der mindeste Grund vorliege, eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen über die Tragung der Kosten zu rechtfertigen."

Schließlich wurde der Antrag Thilo auf Streichung des Abs. 3 abgelehnt. (Komm.-Prot. S. 660, 661). Vgl. zu §. 92 Abs. 3 den §. 70 des GVG. und §. 509 der CPO.

---

§. 93. (§. 91 des Entw.)

Die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs sind als gegen einander aufgehoben anzusehen, wenn nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben. Dasselbe gilt von den Kosten des durch Vergleich erledigten Rechtsstreits, soweit nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist.

Motive: „Der §. 91 enthält die schon in der preuß. AGO. I 23 §. 21 ausgedrückte Interpretationsregel, daß die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs, wenn nicht die Parteien ein Anderes verabredet haben, als gegeneinander aufgehoben anzusehen sind, und wendet den Satz auf die Kosten durch Vergleich erledigter Prozesse an, insoweit über diese Kosten nicht bereits rechtskräftig erkannt war. Für selbstverständlich kann man mit den Motiven zum preuß. Entw. S. 327 diese Bestimmung keineswegs erachten. Die auch dem hannov. Entw. §. 224, sächs. Entw. §. 193 Abs. 1, nordd. Entw. §. 378 Abs. 1, Württemberg Art. 141 bekannte Vorschrift ist erfahrungsmäßig von Werth, da sie das Zustandekommen von Vergleichen erleichtert, welche bei sachlicher Einigung der Parteien häufig nur die nothwendige Verhandlung des Kostenpunkts zum Scheitern bringt."

1) Dieser Paragraph kommt nur in Ermanglung einer anderweitigen Vereinbarung der Parteien zur Anwendung. Diese Vereinbarung

braucht keine ausdrückliche zu sein (Lothar Seuffert a. a. O. §. 93 Nr. 3).

2) Durch Vergleich erledigt ist ein Rechtsstreit, sobald durch gegenseitiges Nachgeben der Parteien das streitige Rechtsverhältniß für unstreitig erklärt wird. Wo ein Rechtsstreit Klage und Widerklage umfaßt, kann die eine durch Vergleich erledigt, über die andere der Prozeß fortgeführt werden.

3) Auf rechtskräftig überbürdete Kosten findet §. 93 keine Anwendung. Rechtskräftig kann aber über Kosten nur in einem rechtskräftigen Urtheile entschieden sein, also nicht in einem Zwischenurtheile. Deßhalb können z. B. Kosten, über welche nach §. 91 durch Zwischenurtheil entschieden ist (vgl. §. 275), noch immer einen Gegenstand des Vergleichs bilden, während Kosten, über welche in einem Theilurtheile erkannt wurde (§§. 273, 274, 318) hievon ausgeschlossen sind, sobald dieses Urtheil die Rechtskraft beschritten hat.

---

§. 94. (§. 92 des Entw.)

Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird.

Motive: „Ueber die Anfechtung der Entscheidung des Kostenpunkts bestimmen die Prozeßgesetze sehr verschieden. Nach dem Code de proc. ist die Berufung nur durch das allgemeine Erforderniß der Berufungssumme beschränkt; im Gebiete des altländischen Prozesses schließt Art. 1 Nr. 3 der preuß. Deklaration vom 6. April 1839 die Appellation aus, gestattet aber den Rekurs, wenn es sich um eine Entscheidung erster Instanz handelt, dagegen kein Rechtsmittel, wenn in zweiter Instanz erkannt ist. Konform dem preuß. Entw. §. 617 Abs. 4 und dem nordd. Entw. §. 156 schließt der §. 92 die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt aus, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Zwar ist es für eine Partei gleich drückend, ob sie einen Betrag als Kosten= oder Hauptschuld zu zahlen hat. Es erscheint aber aus allgemeinen Gründen mißlich, Rechtsmittel (auch nur in Form der Beschwerde) wegen unrichtiger Entscheidung des Kostenpunkts allein zuzulassen. Die Erfahrungen im Gebiete des preuß. Rechts haben dargelegt, wie schwierig in der Praxis die Beurtheilung der Entscheidung im Kostenpunkte von derjenigen über die Hauptsache zu trennen ist. Wird diese Scheidung nicht vorgenommen und erörtert behufs Prüfung der nur über den Kosten=

punkt geführten Beschwerde das höhere Gericht die Richtigkeit der in der Hauptsache ergangenen Entscheidung, so wird das principale gelegentlich eines accessorium zur Entscheidung gebracht, und doch ohne materielle Einwirkung auf die Hauptsache. Es sind aber Urtheile zu vermeiden, durch welche Vorentscheidungen, welche nicht beseitigt werden können, für sachlich unrichtig erklärt werden. Soll dagegen bei streng durchgeführter Trennung der Sach- und Kostenentscheidung der höhere Richter die letztere nach Maßgabe der ihn der Hauptsache nach verbindenden Entscheidung prüfen, so würde sich das Rechtsmittel gegen die Absicht als eine Art Richtigkeitsbeschwerde gestalten. Für ein solches Rechtsmittel liegt ein Bedürfniß um so weniger vor, als die Gesetze über die Entscheidung des Kostenpunkts einfach sind, dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum gestatten und bei richtiger Entscheidung in der Hauptsache Fehlgriffe in der Anwendung der kostenrechtlichen Bestimmungen nicht oft vorkommen werden.

„Daß dagegen bei Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache mit dieser auch die Kostenentscheidung der Nachprüfung des höheren Gerichts anheimfällt, ist selbstverständlich und schon zu §. 90 erwähnt. Unzweifelhaft folgt aus der allgemeinen Fassung des §. 92, daß, sobald von einer Partei in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt ist, der andern Partei frei steht, sich jenem Rechtsmittel nach Maßgabe der §§. 461, 494 lediglich wegen des Kostenpunktes anzuschließen, ohne daß es ihrerseits einer Anschließung in der Hauptsache bedarf."

1) In der zweiten Lesung des Entwurfs lag zu §. 92 des Entwurfs der Antrag des Abg. Haarmann vor, den §. 92 zu streichen.

Abg. Dr. Grimm empfahl diesen Antrag, weil auch der Streit über den Kostenpunkt ein Rechtsstreit über Mein und Dein, oft von sehr erheblichem Interesse sei und weil in jenen Fällen, wo die Hauptsache durch Vergleich, durch Zahlung rc. erledigt sei, die Entscheidung des Kostenpunktes wegen Mangels einer Hauptsache absolut unanfechtbar wäre. Dies würde auch dann der Fall sein, wenn der in die Kosten Verurtheilte in der Hauptsache obgesiegt habe.

Direktor von Amsberg sprach gegen den Antrag: In der Mehrzahl der Fälle bestehe kein Bedürfniß, eine Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkt ohne gleichzeitige Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache zu gestatten. Die Richtigkeit einer Entscheidung im Kostenpunkt sei materiell oft nicht zu prüfen, ohne in die Hauptsache selbst einzugehen.

Der Antrag auf Streichung wurde von der Kommission abgelehnt. (Komm.-Prot. S. 519 al. 781.) Vgl KO II § 382.

2) Die Anfechtung ist unzulässig d. h. es gibt kein selbstständiges

Rechtsmittel gegen die Kostenentscheidung, demnach keine Berufung gegen Entscheidungen der ersten, keine Revision gegen Entscheidungen der zweiten Instanz sowie gegen beiderlei Entscheidungeu keine Beschwerde. (Scheinbare Ausnahme s. §. 97 Abs. 2.)

3) Die Anfechtung ist ausgeschlossen gegenüber einer „Entscheidung über den Kostenpunkt" d. h. gegenüber einer Entscheidung, welche die Pflicht zur Tragung der Kosten oder die Kostenkompensation oder Kostenseparation bestimmt. Etwas hievon völlig Verschiedenes ist der Kostenfestsetzungsbeschluß (§. 99 Abs. 3), gegen welchen sofortige Beschwerde stattfindet.

4) Ist gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel zulässig und eingelegt, so kann damit wohl auch blos eine Abänderung der Entscheidung über den Kostenpunkt erzielt werden, jedoch niemals zu Ungunsten des Beschwerdeführers, wenn die Gegenpartei nicht die Anschließung erklärt hat (s. zu §§. 498 und 522).

5) Dieser Paragraph weicht von dem Prinzip der bayer. CPO. ab, welche, die Berufungssumme vorausgesetzt, eine selbstständige Berufung gegen die Kostenentscheidung zuließ (Art. 686), während sie gerade umgekehrt gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß Rechtsmittel ausschloß (Art. 114, 115).

---

§. 95. (§. 93 des Entw.)

Besteht der unterliegende Theil aus mehreren Personen, so haften dieselben für die Kostenerstattung nach Kopftheilen.

Bei einer erheblichen Verschiedenheit der Betheiligung am Rechtsstreite kann nach dem Ermessen des Gerichts die Betheiligung zum Maßstabe genommen werden.

Hat ein Streitgenosse ein besonderes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend gemacht, so sind die übrigen Streitgenossen für die durch dasselbe veranlaßten Kosten nicht verhaftet.

Durch die Bestimmungen dieses Paragraphen wird eine nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts begründete Verpflichtung, wegen der Kosten solidarisch zu haften, nicht berührt.

Motive: „Streitgenossen haften nach dem §. 93, welcher Württemberg Art. 136, dem hannov. Entw. §. 88 und dem nordd. Entw. §. 157 entspricht, für die Kostenerstattung nach Kopftheilen. Ausnahmsweise wird bestimmt, daß

1) bei einer erheblichen Verschiedenheit der Betheiligung am Rechtsstreite nach dem Ermessen des Gerichts die Betheiligung der Streitgenossen als Maßstab genommen werden kann.

„Die quotenmäßige Haftung der Streitgenossen ist die prinzipale Vertheilungsnorm nach Bayern Art. 108 Abs. 1 und dem sächs. Entw. §. 267. Dieselbe empfiehlt sich nicht als Regel, weil die verschiedene Betheiligung der Streitgenossen oft nicht eine aliquote ist, sondern auf ungleichartigen Rechten beruht; z. B. bei einer gegen den Eigenthümer und den Nießbraucher einer Sache gemeinsam angestellten dinglichen Klage. Die Ermittelung der individuellen Betheiligung der Streitgenossen verzögert nothwendig und zu Ungunsten des Gegners die Entscheidung des Prozesses und trägt in denselben oft unnöthigerweise einen neuen Streit hinein, welcher schwieriger sein kann, als der Hauptstreit.

„2) daß für die Kosten des von einem Streitgenossen geltend gemachten Angriffs- und Vertheidigungsmittels die übrigen Streitgenossen nicht haften.

„Diesen Vorbehalt ziehen auch die preuß. AGO. I 23 §. 29, der preuß. Entw. §. 1350, Baden §. 105.

„3) daß die Streitgenossen für die Kosten solidarisch haften, insoweit eine Verpflichtung hierzu nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (z. B. im Falle des preuß. ALR. I 5 §. 424) besteht.

„Die Solidarhaft der Litiskonsorten schreibt die preuß. AGO. I 23 §. 29 subsidiarisch vor, während Baden §. 106 und der preuß. Entw. §. 1350 sie als allgemeine Regel aufstellen und Bayern Art. 108 als Strafe für Streitmuthwillen androht. Die Motive zum preuß. Entw. entscheiden für die regelmäßige Solidarhaft der Streitgenossen, weil sie deren kontraktsähnlichem Verhältnisse entspreche, sich häufig nicht ausschließen lasse, vermögende Streitgenossen abhalten müsse, sich unbegründeten Prozessen anzuschließen, und weil dem auf das Ganze in Anspruch genommenen Streitgenossen der Regreß in der Regel leichter sein werde, als dem Gegner die getheilte Verfolgung seiner Rechte gegen die mehreren Streitgenossen. Soweit jene Gründe die Solidarhaft sachlich rechtfertigen, erkennt der §. 93 Abs. 4 dieselbe an. In weiterer Zulassung verstößt sie gegen die Gerechtigkeit.

„Der §. 93 gilt nur für die Fälle der Streitgenossenschaft (§. 56) und kommt auch hier nicht zur Anwendung bei den nur von einem Streitgenossen veranlaßten Kosten im Zwangsvollstreckungsverfahren (vgl. preuß. Entw. §§. 114 Abs. 2. 1360)."

1) Der unterliegende Theil kann aus mehreren Personen bestehen:

a) in Fällen der eigentlichen Streitgenossenschaft (§. 56),

b) wenn im Laufe des Prozesses eine Partei mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt und diese das Verfahren aufnehmen (§§. 217 ff.).

c) wenn das Gericht von der Befugniß des §. 138 Gebrauch macht, wo eine Partei in den mehreren Prozessen verschiedene Gegner hat.

Demnach ist es ungenau, wenn die Motive die Anwendung des §. 95 auf die Fälle des §. 56 beschränken und gegenüber dem Gesetzestext ist eine solche Beschränkung geradezu unhaltbar.

2) Zu Abs. 1 und 2 dieses Paragraphen beantragte Abg. Dr. Bähr folgende Abänderung:

„Besteht der unterliegende Theil aus mehreren Personen, so haften dieselben für die Kostenerstattung, wenn sie an dem Streitgegenstande mit bestimmten Quoten betheiligt sind, nach diesen Quoten, außerdem aber nach Kopftheilen.

„Auch in dem letzteren Falle kann das Gericht wegen Verschiedenheit der Betheiligung eine verschiedene Haftbarkeit für die Kostenerstattung anordnen."

Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt (Komm.-Prot. S. 33, 34).

3) Die Unanwendbarkeit des §. 95 Abs. 1 u. 2 im Vollstreckungsverfahren, wenn nur ein Streitgenosse Kosten veranlaßt hat, ergibt sich aus der Betrachtung, daß derjenige Streitgenosse, welcher im Vollstreckungsverfahren durch seinen Widerspruch rc. eine besondere Prozedur herbeiführt, überhaupt nicht mehr als Streitgenosse erscheint, denn die Streitgenossenschaft erreicht ihr Ende mit dem Urtheil; sie kann nur im Vollstreckungsverfahren von Neuem begründet werden. Wo dieß der Fall ist, da findet auch §. 95 wieder Anwendung.

4) Die Bestimmung des §. 95 Abs. 3 ergibt sich aus §. 58 und §. 91. Sie ist unanwendbar in den Fällen des §. 59, wenn innerhalb einer hiefür bestimmten Frist der eine Streitgenosse ein Angriffs- oder Vertheidigungsmittel mit Wirkung für die säumigen Streitgenossen geltend macht oder in einem hiezu bestimmten Termine das Gleiche thut.

5) Die im Abs. 4 dieses Paragraphen aufrecht erhaltene Verpflichtung nach bürgerlichem Rechte, wegen der Kosten solidarisch zu haften, kann vor Allem vertragsmäßig begründet sein. Außerdem findet sie z. B. gemeinrechtlich statt für mehrere Wechselverpflichtete. (Allg. D. WO. Art. 49, 50 Ziff. 2 und 81.) Es darf aber nicht angenommen werden, daß eine solche Solidarhaftung überall da gegeben sei, wo die prinzipale Verpflichtung eine solidarische ist (z. B. Handelsgesetzbuch Art. 112, 113, 280); denn gerade für solche Fälle soll eben der Kostenpunkt nach §. 95 Abs. 1 bzw. Abs. 2 entschieden werden. Anders nach Art. 108 Abs. 2 der bayer. PO. Der Antrag des Abg. Reichensperger, den Abs. 4 zu streichen, wurde von der Justizkommission abgelehnt (Komm.-Prot. S. 519, 520 al., 781, 782).

6) Durch §. 95 ist die Geltung der §§. 88—93 natürlich nicht aus-

geschlossen, da derselbe ja nur über das Wie der Haftung für Kosten im Falle einer Mehrheit von unterliegenden Parteien entscheidet, soweit die Kostenerstattungspflicht als solche feststeht.

---

§. 96. (§. 94 des Entw.)

Die Bestimmungen der §§. 87—93 finden auch auf die durch eine Nebenintervention verursachten Kosten Anwendung.

Gilt der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei (§. 66), so sind die Vorschriften des §. 95 maßgebend.

Motive: „Die Prozeßkosten können dadurch vermehrt werden, daß ein Dritter am Prozesse sich als Nebenintervenient betheiligt. Für diese Fälle schreibt der §. 94 vor, daß auf die durch eine Nebenintervention veranlaßten Kosten die Bestimmungen der §§. 85—91 Anwendung finden. Der Nebenintervenient kann daher von dem unterliegenden Gegner Kostenersatz verlangen und muß seinerseits dem obsiegenden Gegner diese Kosten erstatten. Um in dieser Beziehung dem Gegner einen Titel für die Zwangsvollstreckung zu geben, muß sich das Endurtheil — wie Württemberg Art. 144 Abs. 1 und der sächs. Entw. §. 325 ausdrücklich hervorheben — über den Kostenpunkt der Nebenintervention auslassen. Die durch §. 1351 des preuß. Entw., §. 158 des nordd. Entw. und Art. 144 der württemb. Prozeßordn. festgesetzte Haftung der unterliegenden Hauptpartei für die dem Gegner durch die Nebenintervention verursachten Kosten wird damit gerechtfertigt, daß sie verabsäumt habe, nach §. 67 auf Zurückweisung der Nebenintervention anzutragen. Dieser Grund reicht aber für die Strenge jener Vorschrift nicht aus. Die Nebenintervention ist nach den §§. 62, 67 schon dann zuzulassen, wenn der Intervenient sein Interesse nur glaubhaft macht. Die Prüfung des Gerichts bei Erlassung des Zwischenurtheils über den Widerspruch gegen die Nebenintervention ist nur summarischer Natur; im Zweifel wird das Gericht geneigter sein, die Intervention zuzulassen, als sie zurückzuweisen. Der Entwurf kehrt daher zum Schutze des Intervenienten gegen unverschuldete Kosten zu der an sich richtigeren Theorie des gemeinen Civilprozesses — Wetzell, Ed. III §. 7, Renaud, Civilprozeß S. 698 — zurück, wie solche im preuß. Prozesse AGO. I 23 §. 18 und im sächs. Entwurf §. 325 ebenfalls festgehalten ist. Da in den Fällen des §. 66 der Nebenintervenient wirklicher Streitgenosse der Hauptpartei ist, so gelangt insoweit der §. 93 zur Anwendung.

„In Betreff der Kosten der gerichtlichen Streitverkündung erschienen

besondere Bestimmungen nicht erforderlich. Der verurtheilte Gegner muß dieselben ersetzen, soweit nach dem allgemeinen Grundsatze des §. 85 die Streitverkündung zur zweckentsprechenden Rechtsvertheidigung oder Rechtsverfolgung nothwendig war. Außerdem charakterisirt der §. 70 den beitretenden Litisdenunziaten als Nebenintervenienten und folgt hieraus die Anwendbarkeit des §. 94. Besonderer kostenrechtlicher Bestimmungen bedurfte es ebensowenig für die Nomination, weil der §. 71 dieselbe als Art der Streitverkündung behandelt."

1) Zu diesem Paragraphen wurde in den Verhandlungen der Justizkommission von dem Abg. Dr. Bähr das Amendement gestellt, den Paragraphen, wie folgt, zu fassen:

„Der Nebenintervenient hat im Falle des Obsiegens der von ihm unterstützten Partei nur in soweit Anspruch auf Ersatz seiner Kosten, als durch seine Handlungen Kosten der Hauptpartei, deren Ersatz diese beanspruchen könnte, erspart worden sind." Dieses Amendement wurde jedoch abgelehnt, nachdem der Regierungskommissär Kurlbaum die fragliche Bestimmung für entbehrlich erklärt hatte, weil eine entsprechende Regelung des Kostenpunktes sich nach diesem Paragraphen von selbst ergeben würde. (Komm.-Prot. S. 34).

2) Der Wortlaut dieses Paragraphen darf nicht zu dem argumentum a contrario benützt werden, daß auf die Nebeninterventionskosten §. 94 nicht anwendbar sei. Denn durch die ausdrückliche Erstreckung der §§. 87—93 auf die Kosten der Nebenintervention sollte nur der möglichen Annahme vorgebeugt werden, als sei der Nebenintervenient wegen seiner Eigenschaft als Nebenpartei nicht zum Kostenersatz verpflichtet bezw. berechtigt.

3) Im Einzelnen ergibt sich aus der Anwenduug der §§. 87—93 auf die Nebenintervention:

a) Siegt die Hauptpartei, so hat der unterliegende Theil dem Intervenienten die Kosten der Intervention mit der Maßgabe des §. 87 Abs. 1 zu ersetzen. Die in §. 87 Abs. 2 genannten Kosten unterliegen dem Ermessen des Gerichts nicht und zwar auch dann nicht, wenn der Intervenient einen andern Anwalt als den der Hauptpartei bestellt hat, weil der Schlußsatz von §. 87 Abs. 2 sich nur auf eine Partei bezieht.

b) Unterliegt die Hauptpartei, so hat der Intervenient der obsiegenden Gegenpartei die Prozeßkosten zu ersetzen, soweit sie durch die Intervention veranlaßt wurden.

In beiden Fällen wird selbstverständlich vorausgesetzt, daß gegen die Intervention überhaupt kein Widerspruch erhoben oder trotz eines solchen die Intervention zugelassen wurde. Wird der Antrag auf Zulassung der

Intervention zurückgewiesen, so ist über die durch denselben veranlaßten Kosten durch Zwischenurtheil zu entscheiden (cf. §. 68), welches ausnahmsweise der Rechtskraft fähig ist.

c) Findet ein theilweises Obsiegen und Unterliegen der Hauptparteien statt, so sind auch die Kosten der Intervention gegeneinander aufzuheben oder verhältnißmäßig zu vertheilen (§. 88 Abs. 1); unter der Voraussetzung des §. 88 Abs. 2 können sie aber der einen Partei d. i. dem Intervenienten bezw. dem Gegner der Hauptpartei ganz überbürdet werden.

d) Im Falle des §. 89 hat der Nebenintervenient des obsiegenden Klägers die Kosten der Intervention allein zu tragen.

e) Die Kosten der durch ihn verschuldeten Vertagung ꝛc. fallen dem Intervenienten zur Last (§. 90); in die eines von ihm geltend gemachten Angriffs- oder Vertheidigungsmittels, welches ohne Erfolg blieb, kann er trotz des Obsiegs in der Hauptsache verurtheilt werden (§§. 90, 91).

f) Hat der Nebenintervenient ein Rechtsmittel ohne Erfolg eingelegt, so trägt er die Kosten; das Gleiche kann geschehen, wenn der Intervenient durch neues Vorbringen in der Berufungsinstanz obsiegt (§. 92 Abs. 1 und 2). Ebenso ist der Intervenient des unterliegenden Theils von den Kosten befreit im Falle des §. 92 Abs. 3; der Nebenintervenient des Fiskus kann in diesem Falle jedoch Ersatz von dem unterliegenden Theile begehren.

g) Vergleichen sich die Parteien, so hat der Intervenient die durch den Rechtsstreit erwachsenen Interventionskosten unter der Voraussetzung des §. 93 für seinen Theil selbst zu tragen. —

3) Ein Anspruch des Intervenienten gegen die Hauptpartei auf Ersatz der Interventionskosten besteht in keinem Falle.

4) Ueber die Kostenfrage bei Streitverkündung und laudatio auctoris vgl. oben zu §. 71 Nr. 6 und §. 73 Ziff. 4. —

---

§. 97. (§. 94a der Kommissionsvorlage.)

Gerichtsschreiber, gesetzliche Vertreter, Rechtsanwälte und andere Bevollmächtigte, sowie Gerichtsvollzieher können durch das Prozeßgericht auch von Amtswegen zur Tragung derjenigen Kosten verurtheilt werden, welche sie durch grobes Verschulden veranlaßt haben.

Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Betheiligte zu hören.

Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt.

1) Der Regierungsentwurf kannte diesen Paragraph nicht. Die Motive zu §§. 95—97 des Entwurfs stellen die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer solchen Bestimmung geradezu in Abrede. (Offizielle Ausgabe S. 120. Kortkampf'scher Abdruck S. 439. Vgl. unten zu §§. 98—100.) Bei der ersten Lesung des Entwurfs in der Justizkommission beantragte Abg. Struckmann, als §. 94a einzusetzen:

„Richter, Gerichtsschreiber" 2c. (folgt der Gesetzestext). Dieser Antrag wurde aber abgelehnt (Komm.-Prot. S. 34, 35). Bei der zweiten Lesung reproduzirte Abg. Dr. Bähr diesen Antrag mit der Modifikation, daß er den Eingang faßte: „Richter, welche dem Prozeßgericht dienstlich unterworfen sind". Dießmal wurde der Antrag unter Ablehnung der angeführten Eingangsworte angenommen (Komm.-Prot. S. 520 al. 782). Später kam dieser Paragraph zu wiederholter Erörterung, indem Abg. Herz den Antrag stellte, denselben zu streichen. Zunächst ergriff zur Unterstützung dieses Antrags Abg. Dr. Völk das Wort: „Der Antrag auf Einfügung des §. 94a sei in erster Lesung von der Kommission abgelehnt, in der zweiten Lesung aber, wo verschiedene Mitglieder gefehlt hätten, angenommen worden. Er halte die Bestimmung für eine ganz exorbitante. Für Ansprüche aus einem Verschulden der betreffenden Personen sei der gewöhnliche Weg der Civilklage gegeben, auch der Disziplinarweg stehe offen. Unerhört sei es, daß hier ohne mündliche Verhandlung und sogar von Amtswegen eine Verurtheilung erfolgen solle. Ein Bedürfniß zu einer derartigen Vorschrift liege jedenfalls nicht vor; der Anwaltsstand werde durch dieselbe in seinem Ansehen sehr erheblich geschädigt. Da übrigens die von der einen Partei der anderen zu erstattenden Kosten liquidirt und soweit sie unpassirlich gestrichen würden, so sei ihm überhaupt nicht klar, um welche Kosten es sich hier handle. Jedenfalls könne es nicht die Absicht sein, daß der Richter einen Anwalt, der aus Rechtsunkenntniß einen völlig aussichtslosen Prozeß anstelle oder bei der Information der Sache nicht mit der erforderlichen Sorgfalt zu Werke gehe, von Amtswegen zur Tragung der seinem Klienten erwachsenen Kosten verurtheilen solle."

Abg. Herz trat dem Vorredner bei und beantragte eventuell die Worte „von Amtswegen" durch die Worte „auf Antrag der Betheiligten" zu ersetzen.

Abg. Struckmann: „Die Vorschrift sei durchaus nichts Exorbitantes; eine ähnliche Bestimmung sei im Code de procédure, in der hannoverschen, bayerischen, braunschweigischen Prozeßordnung und in mehreren neuen Entwürfen enthalten. Es solle ein Mittel geschaffen werden, den Parteien auf rasche Weise zu ihrem Gelde zu verhelfen, wenn ihnen durch grobes Verschulden der in der Vorschrift bezeichneten Personen unnöthige

Kosten erwachsen seien. Der Weg der Klage sei nicht geeignet; der Verletzte würde, um einen vielleicht nicht erheblichen Betrag zurückzuerhalten, neue Kosten aufwenden müssen. Auch die Einwendungen gegen das Verfahren seien unbegründet; die Betreffenden würden vor der Entscheidung gehört und hätten das Beschwerderecht. Der eventuelle Antrag Herz würde der ganzen Sache die Spitze abbrechen."

Abg. Reichensperger: „Die entsprechende Vorschrift in Art. 132 des Code de procédure sei, wie er auf Grund einer langen Praxis bezeugen könne, nur selten angewendet worden, werde aber allgemein als ein wahrer Segen betrachtet. Warum solle noch ein besonderer Prozeß stattfinden und nicht das Prozeßgericht selbst entscheiden, da es doch die Akten und die Verhältnisse unmittelbar vor sich habe? Die Entscheidung im Separatprozesse würde voraussichtlich auch nicht anders ausfallen."

Abg. Dr. Schwarze: „Er könne nicht zugeben, daß die Vorschrift in §. 94a, wie früher behauptet worden, zur Ehre der Rechtspflege und zur Stärkung des Vertrauens in sie gereiche. Die Vorschrift stehe namentlich mit der dem Anwaltsstande schuldigen Rücksicht nicht im Einklange. Der Betrag, um den es sich handle, werde allerdings meist geringfügig sein, aber dieß entscheide nicht. Wohl aber der Ausspruch, daß der Betheiligte sich einer groben Nachlässigkeit schuldig gemacht habe und die Nota, welche der Advokat erhalte, sei für ihn sehr empfindlich. Hier sei ein ordentliches Verfahren unbedingt nothwendig. Unerfindlich sei ihm, weßhalb man auch die gesetzlichen Stellvertreter aufgenommen habe, da bei denselben von einem auch nur quasiamtlichen Auftreten nicht die Rede sein könne und man durch solche Bestimmungen über eine Haftung des Vertreters die Geneigtheit zur Uebernahme dieser Ehrenämter vermindere. Indem man endlich das Prozeßgericht ermächtige (unter welchem er das Gericht erster Instanz verstehe), solche Verurtheilungen auszusprechen, ermächtige man es auch, über die Sachbehandlung der Advokaten in den oberen Instanzen abzuurtheilen. Dem Abg. Struckmann trete er darin bei, daß der eventuelle Antrag Herz mit dem Grundgedanken der Vorschrift in direktem Widerspruch stehe."

Abg. Dr. Grimm: „Da sich der Abg. Struckmann zu Gunsten der angefochtenen Vorschrift auf eine Anzahl von Gesetzgebungen bezogen habe, so wolle er daran erinnern, daß jene Gesetzgebungen ihre Wurzel im Gemeinen Recht hätten, nach welchem der Unterrichter in die durch grobes Verschulden veranlaßten Kosten verfalle. Später habe man dieß auch auf die andern hier in Rede stehenden Personen ausgedehnt. In der jetzigen Vorschrift dagegen sei der Richter ausgenommen. Dieselben Rücksichten aber, welche für die Ausschließung des Richters sprächen, träfen auch bei den

übrigen Personen zu. Gegen alle diese Personen sei abgesehen von der Civilklage auch ein Disziplinarverfahren gegeben und deßhalb die Vorschrift überflüssig. Bezüglich der Rechtsanwälte befinde sich die Vorschrift im direkten Widerspruch mit den von der Kommission gefaßten Beschlüssen über die Rechtsanwaltschaft. Durch diese Beschlüsse sei die Disziplinargewalt über die Anwälte im Interesse der ganz unentbehrlichen Unabhängigkeit des Anwalts gegenüber dem Gerichte, das er öfter zu kontroliren hat, den Gerichten entzogen und einem Gerichte von Standesgenossen übertragen worden."

Abg. Dr. Völk: „Der ursprüngliche Antrag habe auch den Richter mit getroffen; den Richter habe man ausgeschlossen, aber gegen den Anwalt solle ein Verfahren zulässig sein, welches denselben auf das Tiefste verletzen müsse. Er begreife nicht, wie der Richter auf Grund eines so tumultuarischen Verfahrens im Stande sein solle, zu beurtheilen, ob der Anwalt wirklich ungeschickt verfahren sei bezw. den Prozeß verkehrt angefangen habe. Hier könne es sich um abweichende Rechtsansichten handeln, auch das Vorgehen des Advokaten in einer ungenügenden Information Seitens des Klienten seinen Grund haben."

Abg. Dr. Bähr: „Er halte es nach wie vor für eine Ehrensache der Justiz, daß diejenigen Fehler, welche von den Organen der Justiz im Prozesse gemacht würden und durch welche den Parteien Kosten erwüchsen, bei der Kostenvertheilung durch das Gericht gesühnt werden. Streiche man die Bestimmung, so werde dem gesammten Personal der Justiz eine vollständige Immunität gewährt. Die Befürchtungen des Vorredners seien unbegründet. Es handle sich lediglich um Fälle, wie die, daß der Anwalt einen Termin versäumt, der Gerichtsvollzieher nicht richtig zugestellt habe und dergl. In solchen Fällen solle nicht die Partei es sein, welche die durch dergleichen Vorgänge erwachsenen Kosten trage. Der vorgeschlagene und von der Kommission acceptirte Weg sei der einzige praktische. Eine Klage werde meist erfolglos sein, weil die Parteien von dem Hergange im Innern des Gerichts nichts erführen; die Disziplinarbehörden anzugehen, würden diese Parteien selten den Muth haben. Er sei dreißig Jahre in einem Lande thätig gewesen, in welchem ähnliche Bestimmungen wie die jetzt angefochtenen gegolten hätten, ohne daß ihm irgend welche Nachtheile bekannt geworden seien."

Der eventuelle und der prinzipale Antrag Herz wurden sodann abgelehnt (Komm.-Prot. S. 661—663).

2) Die in Abs. 1 genannten Personen können zur Tragung der Kosten verurtheilt werden, welche sie durch grobes Verschulden veranlaßt haben. Ueber diese Kosten sollen bei Vertretern und Bevollmächtigten nicht

blos soweit sie der eigenen, sondern auch soweit sie der Gegenpartei verursacht sind, Entscheidung und Festsetzung getroffen werden. Dagegen sind von der Verurtheilung ausgeschlossen sonstige Schäden, welche einer Partei durch solches Verschulden erwachsen sind. Hiefür ist die Partei auf die gewöhnliche Klage angewiesen. (Schmitt, der bayer. Civilprozeß Bd. I S. 438.)

3) Zur Verurtheilung bedarf es keiner Beweisführung. Es steht vielmehr im Ermessen des Gerichts, ob es ein grobes Verschulden annehmen will oder nicht. Verletzung der Dienstvorschriften Seitens der bezeichneten Personen kann grobes Verschulden sein, ist es aber nicht nothwendig. (Anders die bayer. CPO. 110.)

4) Das vorgängige Gehör des zu Verurtheilenden erfolgt entweder in der mündlichen Verhandlung, wobei derselbe anwesend ist, oder durch Citation von Amtswegen, wenn er nicht anwesend ist, bezw. die Verurtheilung außerhalb der Sitzung geschieht; die Nichtbefolgung der Citation schließt die Verurtheilung nicht aus, denn unter dem rechtlichen Gehör kann nicht wohl etwas Anderes verstanden werden als die Gelegenheit zur Verantwortung. Ueber das Verfahren im Einzelnen bestehen keine Normen. Dasselbe wird daher durch das richterliche Ermessen geleitet ähnlich wie in den Fällen der §§. 126, 345, 355, 367, 374.

Die Vorschrift des Paragraphen, daß die Verurtheilung auch von Amtswegen geschehen könne, schließt die Zulässigkeit des Parteiantrags auf Verurtheilung in sich.

5) Die Zulassung der sofortigen Beschwerde gegen eine Verurtheilung dieser Art setzt die Nothwendigkeit der Zustellung der Entscheidung voraus (§. 540), die selbstverständlich nicht von Amtswegen erfolgt.

6) Zuständig zur Verurtheilung ist das Prozeßgericht, unter dem man sich (nicht wie der Abg. Dr. Schwarze in den Kommissionsverhandlungen das Gericht erster Instanz, sondern) das Gericht zu denken hat, bei welchem zur Zeit der Entdeckung des groben Verschuldens der Prozeß verhandelt resp. die Kostenfestsetzung beantragt wird (§. 99).

7) Durch die in §. 97 eröffnete Möglichkeit ist die Civilklage nicht ausgeschlossen, wenn von jener Möglichkeit kein Gebrauch gemacht wird. Das disziplinäre Einschreiten gegen den Schuldigen schließt die Verurtheilung nach §. 97 nicht aus.

8) Aus einer Entscheidung nach §. 97 findet die Zwangsvollstreckung statt (s. §. 702 Nr. 3).

9) Sobald das Gericht mit dem Rechtsstreit befaßt zu sein aufhört, kann §. 97 nicht mehr zur Anwendung kommen.

---

§. 98. (§. 95 des Entw.)

Der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten kann nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden.

Das Gesuch um Festsetzung des zu erstattenden Betrages ist bei dem Gerichte erster Instanz anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden. Die Kostenberechnung, die zur Mittheilung an den Gegner bestimmte Abschrift derselben und die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege sind beizufügen.

§. 99. (§. 96 des Entw.)

Die Entscheidung über das Festsetzungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Zur Berücksichtigung eines Ansatzes genügt, daß derselbe glaubhaft gemacht ist.

Gegen den Festsetzungsbeschluß findet sofortige Beschwerde statt.

§. 100. (§. 97 des Entw.)

Sind die Prozeßkosten ganz oder theilweise nach Quoten vertheilt, so hat die Partei den Gegner vor Anbringung des Festsetzungsgesuchs aufzufordern, die Berechnung seiner Kosten binnen einer einwöchigen Frist bei dem Gerichte einzureichen, Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist erfolgt die Entscheidung ohne Rücksicht auf die Kosten des Gegners, unbeschadet des Rechts des letzteren, den Anspruch auf Erstattung nachträglich geltend zu machen. Der Gegner haftet für die Mehrkosten, welche durch das nachträgliche Verfahren entstehen.

Motive: „Die §§. 95—97 regeln das Verfahren behufs gerichtlicher Festsetzung der dem Gegner zu erstattenden Kosten. Die gerichtliche Festsetzung des zu erstattenden Quantums ist erforderlich, da das Endurtheil nur über die Verpflichtung zum Kostenersatze Bestimmung getroffen hat. Der §. 26 der preuß. AGO. I 23 schreibt als allgemeine Regel, der Art. 543 des Code de proc. für den summarischen Prozeß, Bayern Art. 115 für den Parteiprozeß, der hannov. Entw. §. 73 für einfache Prozesse, insbesondere Versäumnißurtheile und Einzelrichtersachen, vor, daß die Liquidation der zu ersetzenden Kosten so zeitig erfolge, daß deren Festsetzung bei Verkündung des Endurtheils oder in dem vollständig abgefaßten Urtheile

erfolgen kann. Württemberg Art. 153 gibt eine ähnliche Vorschrift unter Androhung einer Ordnungsstrafe und der Mehrkosten des nachträglichen Festsetzungsverfahrens. Desgl. Hannover §. 51 für amtsgerichtliche, Kontumazial- und andere einfache Sachen. Dies Verfahren führt aber erhebliche Bedenken mit sich. Die rechtzeitige Aufstellung der Kostenspezifikation ist in der Regel mit Schwierigkeiten verbunden, sie kann die Entscheidung des Prozesses aufhalten und belastet die mündliche Verhandlung mit überflüssigem Material. Es tritt hinzu, daß in diesem Stadium des Prozesses überhaupt noch nicht feststeht, ob es der Kostenfestsetzung bedürfen wird. Für den Fall der Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung haben das Gericht und die Parteien vergebliche Arbeit gemacht. Aus diesen Gründen ist in der preußischen Praxis die Vorschrift des §. 26 cit. völlig obsolet und durch das im §. 28 a. a. O. als Ausnahme vorgeschriebene Verfahren verdrängt worden, daß die Kosten erst nach der Erlassung des Urtheils liquidirt und festgestellt werden.

„Als sichere Grundlage für das Festsetzungsverfahren bestimmt übereinstimmend mit §. 1354 des preuß. Entw. und §. 161 des nordd. Entw. der §. 95 Abs. 1, daß der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden kann. Für die Regel ist diese Vorschrift um so weniger bedenklich, als betreffend die Kosten der Zwangsvollstreckung (§. 646) und der im Mahnverfahren erhobenen Ansprüche (§. 585) anderweite Vorschriften ertheilt sind.

„Nach der preußischen Praxis gehört das Festsetzungsverfahren, abweichend von den meisten Prozeßrechten — auch dem preuß. Entw. §. 1354 — aus Gründen der Zweckmäßigkeit zur Zuständigkeit des Prozeßgerichts erster Instanz.

„Diesem Gerichte stehen die Parteien und die Vertreter in der Regel am nächsten. Das Kostenfestsetzungsverfahren soll in jedem Prozesse nur einmal erfolgen und geschieht am einfachsten durch das Gericht der ersten Instanz, im Falle die Kosten mehrerer Instanzen getheilt sind. Die gerichtlichen Prozeßakten der höheren Instanzen enthalten für die Kostenfestsetzung wenig Dienliches; die Manualakten der Vertreter, welche die Belege für die Kostenforderungen enthalten, gehen an die Vertreter erster Instanz zurück. Es stände endlich mit der geringfügigen und einfachen Natur des Kostenfestsetzungsgeschäfts nicht im Einklange, wenn sich ein Gericht höherer Instanz und das höchste Gericht — im Falle der Beschwerde und Remonstration sogar mehrfach — mit demselben zu befassen hätte. Vorstehende Erwägungen behalten auch nach dem Verfahren des Entwurfs zum Theil ihren Werth, und es hat sich daher der Entwurf,

dem nordd. Entw. §. 162 folgend, dem preußischen Beispiele angeschlossen.

„Dem einfachen Gegenstande entsprechend, schreiben die §§. 95 Abs. 2 und 96 ein thunlichst einfaches und rasches Verfahren vor. Das Gesuch unterliegt daher nicht dem Anwaltszwange, sondern kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden. Beizufügen sind die Kostenberechnung und die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege. Von der Kostenberechnung ist eine Abschrift für den Gegner mitzutheilen (vgl. auch Hannover §. 52, hannov. Entw. §. 74, nordd. Entwurf §. 185). Die Abschrift der Kostenrechnung ist dem Gegner zur Ausübung des Beschwerderechts und, da unter Umständen der Festsetzungsbeschluß erst nach mündlicher Verhandlung ergeht, zur Vorbereitung nothwendig.

„Der Festsetzungsbeschluß kann — desgl. preuß. Entw. §. 1354, Baden §. 177, hannov. Entw. §. 75, Württemberg Art. 152, nordd. Entw. §. 163 Abs. 1 — ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden. Zur Berücksichtigung eines Ansatzes genügt dessen Glaubhaftmachung. Gegen den Festsetzungsbeschluß — auf dessen Verkündung oder Zustellung der §. 284 Anwendung leidet — steht beiden Parteien die sofortige Beschwerde zu (vgl. hannov. Entw. §. 75, preuß. Entw. §. 1355, nordd. Entw. §§. 815, 822).

„Aus dem Festsetzungsbeschlusse kann nach §. 651 Nr. 2 die Zwangsvollstreckung nachgesucht werden, jedoch bedarf der Festsetzungsbeschluß nach §. 652 vorab der Ertheilung der Vollstreckungsklausel (§. 612). Die Zulassung schriftlicher Verhandlung im Festsetzungsverfahren rechtfertigt sich aus der Nothwendigkeit, den auf die Hauptentscheidung nicht mehr einwirkenden Gegenstand einfach, rasch und wohlfeil zu erledigen. Stellen sich im einzelnen Falle Schwierigkeiten heraus, so kann das Gericht mündliche Verhandlung anordnen.

„Der §. 97 entspricht dem preuß. Entw. §. 1357, hannov. Entw. §. 73, nordd. Entw. §. 164 und Bayern Art. 113. Er bezieht sich auf die Fälle, in denen die beiden Theilen erwachsenden Kosten nach Quoten vertheilt sind. Die Partei soll hier vor Anbringung des Festsetzungsgesuchs den Prozeßgegner zur Einreichung der Gegenliquidation auffordern. Als Präjudiz ist ausgesprochen, daß nach fruchtlosem Ablaufe der hierzu bestimmten Frist die Entscheidung auf das Festsetzungsgesuch ohne Rücksicht auf die Prozeßkosten des Gegners erfolgt und diesem die durch spätere Nachliquidation seiner Kosten entstehenden Mehrkosten zur Last fallen.

[„Viele Prozeßrechte — namentlich Code de proc. Art. 132, Braunschweig §. 109, Württemberg Art. 146, Bayern Art. 110, hannov. Entw. §. 71, sächs. Entw. §. 272, nordd. Entw. §. 160 — haben die Vorschrift,

daß gesetzliche Vertreter, Anwälte, andere Prozeßbevollmächtigte, Gerichtsvollzieher u. s. w. zur Tragung der durch ihre Schuld veranlaßten Prozeßkosten sogar von Amtswegen persönlich verurtheilt werden können. Der §. 6 der preuß. AGO. I 23 und Hannover §. 48 dehnen diese Vorschrift sogar auf Richter aus. Der Entwurf übergeht diese Bestimmung, darin dem preuß. Entw. beitretend. Für eine solche Vorschrift liegt ein praktisches Bedürfniß nicht vor. Für den Rechtsstreit, in welchem das Versehen erfolgte, ist die Ersatzpflicht eine ganz fremde Angelegenheit, deren Mitentscheidung durch ein Urtheil den Prozeß verwirren und verweitläufigen muß, da sie nicht ohne Gehör der Betheiligten erfolgen kann. Die Vorschrift verschiebt in Betreff der Anwälte und Gerichtsvollzieher deren Stellung zum Prozeßgerichte. Ob eintretende Verschuldung eines gerichtlichen Beamten ein Recht auf Niederschlagung der durch ein Versehen derselben entstandenen Kosten zu Gunsten der beschädigten Partei begründet, gehört in das Bereich des gerichtlichen Gebührengesetzes (vgl. §. 3 des preuß. Gerichtskostengesetzes vom 10. Mai 1851)."] (Abgeändert durch §. 97).

1) Nach §. 98 Abs. 1 setzt die Geltendmachung des Anspruchs auf Erstattung von Prozeßkosten voraus: entweder ein Endurtheil (§. 644) oder eine der in §. 702 genannten Urkunden. Die Höhe der Kosten, bezüglich deren in diesen Vollstreckungstiteln die Erstattungspflicht festgestellt sein muß, kann gleichfalls darin festgesetzt sein, wenn das Gesuch um Festsetzung so, wie es der Absatz 2 des §. 98 vorschreibt, schon vor Verkündung des Urtheils oder Abschluß der vollstreckbaren Urkunde angebracht und erledigt ist.

2) Das Prozeßgericht erster Instanz ist für die Festsetzung der Kosten aller Instanzen zuständig.

3) Die Mittheilung einer Abschrift der Kostenberechnung an den Gegner erfolgt auf Betreiben des Gerichtes.

4) Für die Festsetzung sind die Grundsätze des §. 87 maßgebend (vgl. §. 180). Das Verhältniß zwischen der Partei und dem Prozeßbevollmächtigten wird durch die Festsetzung der Kosten gegenüber dem ersatzpflichtigen Gegner nicht berührt. Dagegen kann gelegentlich der Kostenfestsetzung §. 97 zur Anwendung gelangen.

5) Der Beschluß auf das Festsetzungsgesuch erfolgt entweder ohne vorgängige mündliche Verhandlung, oder auf Grund einer solchen je nach dem Ermessen des Gerichts. Ersteren Falls ist dieser Beschluß gemäß §. 294 Abs. 3 beiden Parteien von Amtswegen zuzustellen. Diese Zustellung erfolgt durch den Gerichtsvollzieher oder die Post (vgl. §§. 152, 176). Gleichzeitig ist die Abschrift der Kostenberechnung zuzustellen. (Arg. vv. „die zur Mittheilung an den Gegner bestimmte Abschrift" in §. 98 Abs. 2).

Letzterenfalls beschließt das Gericht Festsetzung eines Verhandlungstermins. Dieser Beschluß ist wiederum nach §. 294 Abs. 3 den Parteien zuzustellen nebst Kostenberechnung. In der mündlichen Verhandlung wird sodann der Festsetzungsbeschluß verkündet (§. 294 Abs. 1).

6) Die Ansätze der Kostenberechnung bedürfen der Glaubhaftmachung (§. 266); doch kann das Gericht auch abgesehen von der mündlichen Verhandlung den Gegner des Gesuchstellers unter Mittheilung der Kostenberechnungsabschrift, die nach §. 294 Abs. 3 zu geschehen hat, zur Erklärung auffordern, für welche selbst eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist. Diese Befugniß des Gerichts ergibt sich aus dem freien Ermessen, welches demselben nach §. 87 Abs. 1 — zusteht.

7) Die Beschwerdefrist von 14 Tagen (nicht von 8 Tagen, wie L. Seuffert, Commentar zu §. 99 Nr. 2 bemerkt) läuft vom Momente der Zustellung des Festsetzungsbeschlusses an, die im Falle mündlicher Verhandlung gemäß §. 288 auf Betreiben des Gesuchstellers geschieht. Das Gericht erster Instanz kann nicht etwa innerhalb 8 Tagen (§. 534) den Festsetzungsbeschluß selbst wieder abändern, weil es die Beschwerde für begründet erachtet, und zwar auch ein Amtsgericht nicht, wie Puchelt (Commentar §§. 98—100 Bd. I S. 341 Nr. 6) ohne Grund behauptet. Vgl. §. 540 Abs. 3 gegen §. 534.

8) Dem Festsetzungsbeschluß ist die Vollstreckungsklausel (§§. 662, 703, 704 Ziff. 3) zu ertheilen (§. 662 Abs. 2).

9) Die Kosten des Festsetzungsverfahrens bilden einen Theil der Prozeßkosten und sind daher gemäß der §§. 87 ff. zu überbürden.

10) Die Anwendungsfälle des §. 100 sind durch §. 88 bezeichnet (s. die Motive zu §. 88). Die Form der Aufforderung zur Gegenliquidation hat durch Zustellung eines Aktes, der die Aufforderung enthält, zu geschehen. Durch diese Zustellung wird die gesetzliche Frist von einer Woche in Lauf gesetzt (§. 198 vgl. hiezu §. 202 Abs. 1 und 2). Nach deren fruchtlosem Ablauf wird Festsetzungsbeschluß in contumaciam erlassen d. h. so, als seien der säumigen Partei keine Kosten erwachsen, z. B. die Kosten sind zu $^1/_3$ dem Kläger, zu $^2/_3$ dem Beklagten überbürdet. Der Kläger beantragt die Feststellung unter der vorgeschriebenen Aufforderung an den Beklagten, der die Frist zur Gegenliquidation versäumt. Gesetzt, die klägerischen Kosten werden auf 150 festgestellt, so erhält der Kläger auf 100 Vollstreckungsbeschluß gegen den Beklagten, den er ohne Weiteres vollstrecken lassen kann. Der Beklagte ist zwar berechtigt, seine Kosten nachträglich zu liquidiren, und kann so, wenn dieselben etwa 300 betragen, seinerseits Vollstreckungsbeschluß auf 100 gegen den Kläger erwirken, allein er hat die Kosten der Nachliquidation selbst zu tragen.

Sechster Titel.

Sicherheitsleistung.

§. 101. (§. 98 des Entw.)

Die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit ist, sofern nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben oder dieses Gesetz eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zuläßt, durch Hinterlegung in baarem Gelde oder in solchen Werthpapieren zu bewirken, welche nach richterlichem Ermessen eine genügende Deckung gewähren.

Motive: „Der §. 98 stellt generell die Mittel fest, durch welche eine prozessualische Sicherheit — prozessuale Kaution — gleistet werden kann. Prozessuale Kautionen kennt der Entwurf, außer der in den §§. 99—102 behandelten Kaution für die Prozeßkosten in den Fällen des §. 83, in der Zwangsvollstreckung §§. 600, 602, 604, 609, 637, 639, bei dem Arrest und den einstweiligen Verfügungen §§. 746, 763. In ähnlicher Weise enthalten allgemeine Normen über die prozessualischen Kautionen die preuß. AGO. Thl. I Tit. 21, Hannover §§. 56—60, Baden §§. 187, 188, Württemberg Art. 155, Bayern Art. 125 bis 130, hannov. Entw. §. 76, nordd. Entw. §. 165.

„Uebereinstimmend mit Württemberg Art. 155, Bayern Art. 123, dem preuß. Entw. §. 139 und dem nordd. Entw. §. 165 gestattet der §. 98 als Kautionsmittel — insoweit nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben oder das Gesetzbuch (wie in den Fällen der §§. 746, 752) eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zuläßt — nur die Hinterlegung in baarem Gelde oder solchen Werthpapieren, welche nach richterlichem Ermessen eine genügende Deckung gewähren. Für die Kautionsfähigkeit der Werthpapiere ist es nicht entscheidend, ob dieselben im Sinne der Art. 376, 357 des Handelsgesetzbuchs einen Markt- oder Börsenpreis haben. Der Entwurf beseitigt diese und andere Beschränkungen der Partikulargesetzgebungen (z. B. Bayern Art. 123, preuß. Depos.-Ord. v. 15. September 1783 §. 41 und Ergänzungen hierzu bei von Rönne Bd. III S. 913 ff.), weil es im Interesse der Kaventen erforderlich ist, die Mittel der Sicherheitsleistung nur soweit zu beschränken, als es die nothwendige Rücksicht auf die Einfachheit des Verfahrens fordert. Von diesem legislativ gerechtfertigten Standpunkte aus fehlt es an zureichenden Gründen, gute Sicherheit gewährende Papiere blos deshalb auszu-

schließen, weil sie, wie z. B. Hypothekenbriefe keinen Börsen- oder Marktpreis haben.

„Andererseits zwingt die Rücksicht auf die Einfachheit des zur Regelung des Kautionspunkts erforderlichen Verfahrens den Entwurf (abgesehen von den im Eingange des §. 98 bezeichneten beiden Ausnahmen) von der Bestellung der Kaution durch Unterpfand oder Bürgen, welche die preuß. AGO., Hannover §. 56, Oldenburg Art. 79, Baden §. 184 und das meininger Prozeßgesetz v. 16. Juli 1862 Art. 60 noch zulassen, Umgang zu nehmen. Die Bestellung der Kaution durch derartige Mittel führt zu Verzögerungen im Prozesse, indem häufig neben und nach dem Streite über die Pflicht zur Sicherheitsleistung noch ein fernerer Streit über die Hinlänglichkeit der angebotenen Kautionsmittel entsteht."

1) Zu §. 98 des Entwurfs beantragte Abg. Dr. Bähr bei der ersten Lesung in der Justizkommission, demselben folgenden Zusatz zu geben:

„Die Sicherheit für die Prozeßkosten kann auch durch eine von dem Anwalte ausgestellte Haftbarkeitserklärung geleistet werden."

Es sei wünschenswerth, das Formale der Sicherheitsleistung möglichst zu vereinfachen.

Abg. Dr. Grimm beantragte §. 98 dahin zu fassen:

„Die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit kann durch Hinterlegung von baarem Gelde oder Werthpapieren, ferner durch Bürgen oder Pfänder bewirkt werden."

Diese Bestimmung habe sich als §. 184 der badischen Prozeßordnung praktisch bewährt.

Gegen den Antrag Bähr sprachen sich aus: Abg. Herz deßhalb, weil es Anwälte gebe, welche ebensowenig besäßen, als die insolvente Partei, überdieß Prozesse zwischen der Partei und deren Anwalt wegen der zu bestellenden Sicherheit zu befürchten seien; der Abg. Dr. Völk, weil dadurch ein Anwalt in die Lage gebracht werden könne, die Sicherheit des Gegenanwalts anzuzweifeln, auch eine Partei darum zurückweisen zu müssen, weil er besorge, bei ihr wegen der für sie ausgestellten Haftbarkeitserklärung keine Deckung zu finden.

Die Anträge Bähr und Grimm wurden abgelehnt, §. 98 angenommen (Komm.-Prot. S. 37, 38).

2) §. 101 ist für alle prozessualen Kautionen maßgebend, während die §§. 102—105 nur von der Sicherheit für die Prozeßkosten handeln. Andere prozessuale Kautionen erwähnt die CPO. in den §§. 85, 647, 650, 652, 657, 668, 688, 690, 775, 801, 803, 805, 807, 818, die Konkursordnung in §§. 47 und 70 cf. §. 65.

Nach freiem richterlichen Ermessen ist die Form der Sicherheitsleistung

zu bestimmen in den Fällen der §§. 801 Abs. 2, 805 Abs. 2, 807 Abs. 1. Außerdem muß sie durch Hinterlegung von Baargeld oder Werthpapieren bewirkt werden. Unter Hinterlegung ist gerichtliche Hinterlegung zu verstehen. Dies ergibt der Hinweis in den Motiven auf Art. 155 der Württembergischen, 123 der bayr. CPO. und §. 139 des preuß. Entwurfs, wo es ausdrücklich ausgesprochen ist.

3) Ob durch die gerichtliche Hinterlegung [über deren Vollzug die landesgesetzlichen Bestimmungen zu entscheiden haben] [1]) an den hinterlegten Objekten ein Faustpfandrecht begründet werde, erscheint zweifelhaft. Zwar bemerkt Wetzell (System des Civilprozesses 3. Aufl. S. 322): „Eine besonders bequeme Art der Pfandbestellung aber ist die gerichtliche Deposition einer Geldsumme &c." und L. Seuffert (Commentar zur CPO. §. 101 Nr. 3) pflichtet dieser von Wetzell selbst nicht begründeten Behauptung bei, indem er annimmt, das Gericht oder die sonstige Depositalbehörde erlange und behalte die hinterlegte Sache im Namen desjenigen, zu Gunsten dessen die Kaution bestellt werde; aber damit allein kann unmöglich der Beweis des Faustpfands geführt sein. Das Gesetz selbst spricht sich über das durch die Hinterlegung entstehende civilrechtliche Verhältniß in keiner Weise aus, so daß man gewiß nicht ein pignus tacitum annehmen darf. Es bleibt nur die Annahme eines pignus conventionale. Ein solches würde aber auf Seiten der Parteien den übereinstimmenden Willen der Pfandbestellung voraussetzen. Dieser wird aber wohl regelmäßig dem Kautionspflichtigen fehlen. Gegen die Annahme eines Faustpfandes erheben sich jedoch noch mancherlei andere Bedenken. Vor Allem scheint mir der formelle Grund ins Gewicht zu fallen, daß der Antrag Grimm, der von der Hinterlegung die Bürgen und Pfänder ausdrücklich schied und auch die letzteren als Mittel der Sicherheitsleistung anerkannt wissen wollte, von der Justizkommission abgelehnt wurde (s. oben Nr. 1); ferner die Motivirung des §. 98 im Entwurfe (s. o.), worin ebenfalls das Unterpfand der Hinterlegung gegenübergestellt und deßhalb als Sicherungsmittel ausgeschlossen wird, weil es zu Verzögerungen im Prozesse führen könnte. Man war sich also bei der Aufstellung dieses Paragraphen immer eines Unterschiedes zwischen Faustpfandbestellung und Hinterlegung bewußt. Der Hannoversche Entwurf (§. 76 der zweiten Lesung) und die badische Prozeßordnung §. 184

[1]) In Bayern gilt trotz der in Art. 132 der CPO. verheißenen Depositalordnung noch die Verordnung vom 28. Mai 1862, die vielleicht bei Einführung der Justizgesetze revidirt werden wird. Für Preußen vgl. Ges. v. 19. Juli 1875, für Baden Ges. v. 3. August 1837, die Hinterlegungskasse betr., und Vollzugsverordnung hiezu vom 28. Dezember 1837 (v. Freydorf, Proz.-Ordnung zu §. 184).

stellen ebenfalls ausdrücklich Pfandbestellung und Hinterlegung einander gegenüber. Zur Württembergischen Prozeßordnung Art. 155, der mit §. 101 übereinstimmt, bemerkt Fecht (die CPO. des Königreichs Würtemberg, S. 257): „Die früher noch zulässigen Cautionsmittel: Bürgschaft und Unterpfand, sind jetzt keine gesetzlichen mehr zc." und weiter: „Für den Fall eines Gantes . . . gewährt die Cautionsleistung mit den gesetzlichen Mitteln weder ein Absonderungsrecht, noch ein Faustpfandrecht, es muß vielmehr die Caution in die gemeine Masse eingeworfen werden." Auch Art. 126 der bayr. CPO. zeigt die Differenz zwischen Hinterlegung und Pfandbestellung (vgl. dazu Wernz, Commentar S. 149 Nr. 8) und ebenso findet sich dieß in 7 D. 46, 5 „. . . neque pignoribus quis neque pecuniae . . . depositione in vicem satisdationis fungitur".

Die praktische Seite der Frage besteht, wie leicht ersichtlich, darin, ob nach der Konkurseröffnung über das Vermögen des Hinterlegenden das Hinterlegte in die Konkursmasse fällt und der Prozeßgegner auf die Liquidation zu dieser beschränkt bleibt — oder ob ihm die Hinterlegung einen Anspruch auf ausschließliche Befriedigung aus dem Hinterlegten gewährt. (Vgl. Konkursordnung §. 40 und EG. dazu §. 14). Gerade in dieser Beziehung steht ein Urtheil des Oberappellationsgerichts Lübeck (das einzige, welches über diese Frage aus der deutschen Praxis auffindbar war), auf dem hier vertheidigten Standpunkte, wonach ein Faustpfand durch die Hinterlegung nicht begründet wird. (Seuffert, Arch. X, 328.)

Gegen die Annahme eines Faustpfands spricht aber auch die Erwägung, daß die actio pigneraticia in personam directa, welche dem Deponenten auf Herausgabe des Pfandes nach Erfüllung seiner Verpflichtung oder bei Wegfallen derselben zustehen müßte, gegen den Prozeßgegner zu richten wäre, während die Depositenkasse des Gerichtes das Pfand in Besitz hätte und ohne daß jenem gegen diese eine Forderung auf Herausgabe zustände (vgl. auch unten zu §. 102 Nr. 5). Bei der Verneinung des Faustpfandverhältnisses darf aber nicht stehen geblieben werden. Der Versuch einer positiven Konstruktion führt auf das Depositum als das Nächstliegende. In der That wird von dem obersten Gerichtshofe in Bayern das Verhältniß so aufgefaßt. (Vgl. Sammlung von Entscheidungen in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses Bd. VI S. 329.) Aber nicht ein Depositum schlechthin liegt hier vor, sondern ein mit einer Assignation combinirtes Depositum. Das Gericht erscheint als Depositar und Assignat, der Prozeßgegner als Assignatar, der Deponent zugleich als Assignant; m. a. W. der Deponent weist das Gericht an, es solle das Hinterlegte beim Eintritt des Falles, für den die Sicherheit geleistet ist, an denjenigen ausfolgen, zu dessen Gunsten cavirt wurde, und ermächtigt den

Letzteren für den gleichen Fall zur Erhebung des Hinterlegten, während entgegengesetzten Falles seine Rechte aus dem Depositum ihm vorbehalten sind. (Für diese Auffassung scheint mir ein weiteres Urtheil des bayr. obersten Gerichtshofes angeführt werden zu dürfen. Vgl. Sammlung a. a. O. S. 330.)

Durch diese Natur des Verhältnisses ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen, daß der Prozeßgegner, zu dessen Gunsten die Hinterlegung erfolgte, abgesehen vom Konkurse des Deponenten ein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern genießt, welche die hinterlegten Objekte bezw. die Forderung des Deponenten gegen das Gericht auf Rückgabe zum Vollstreckungsobjekte machen wollen. (cf. §§. 710, 739 Ziff. 2, vgl. Art. 969 der bayr. CPO.; nemo plus juris etc.)

4) Was unter Werthpapieren zu verstehen sei, darüber s. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts II. Aufl. Bd. 1 S. 550 ff.; Anschütz u. Völderndorff, Kommentar zum HGB. Bd. III S. 12; Hahn, Kommentar zum HGB. Bd. II S. 4, u. Busch, Archiv für Handelsrecht Bd. X S. 342.

Nach den Motiven wären auch Hypothekenbriefe und wohl ebenso Grundschuldbriefe im Sinne des preußischen Eigenthumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 als Werthpapiere zu betrachten.

5) Wenn die geleistete Sicherheit späterhin nicht mehr als hinreichend sich erweist (z. B. wegen Coursrückganges der hinterlegten Werthpapiere), so kann nach §. 104 Abs. 2 bei der Prozeßkostenkaution auf Antrag des Beklagten Erhöhung der Sicherheit angeordnet werden. Ob dieß auch bei andern Sicherheitsleistungen angehe, ist fraglich. Allein die Frage dürfte aus zwei Gründen zu bejahen sein; einmal weil die ratio legis für andere Cautionen die gleiche ist; sodann weil der letzte Satz des §. 101: „welche . . . gewähren" ohne großen Zwang verstanden werden kann in dem Sinne von: „soweit sie . . . gewähren" und weil ja auch die anfängliche Höhe der Sicherheit nothwendig in's freie Ermessen des Gerichts zu stellen ist, obwohl und gerade weil es hierüber an einer besonderen Bestimmung fehlt. (Vgl. bayr. CPO. Art. 125 Abs. 1 a. E. u. §. 130.)

---

§. 102. (§. 99 des Entw.)

Ausländer, welche als Kläger auftreten, haben dem Beklagten auf dessen Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten.

Diese Verpflichtung tritt nicht ein:

1) wenn nach den Gesetzen des Staats, welchem der Kläger

angehört, ein Deutscher in gleichem Falle zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet ist;

2) im Urkunden- oder Wechselprozesse;

3) bei Widerklagen;

4) bei Klagen, welche in Folge einer öffentlichen Aufforderung angestellt werden;

5) bei Klagen aus Ansprüchen, welche in das Grund- oder Hypothekenbuch einer deutschen Behörde eingetragen sind.

Motive: „In wesentlicher Uebereinstimmung mit den angezogenen Prozeßgesetzen regelt der Entwurf in den §§. 99—102 speziell die cautio pro expensis. Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung wegen der Prozeßkosten legt der §. 99 ohne Rücksicht auf die in- oder ausländische Staatsangehörigkeit des Beklagten den Ausländern auf, welche als Kläger auftreten.

„Die im gemeinen und im preuß. Prozesse vorgeschriebene Kautionspflicht inländischer Kläger ist bei dem weiten Umfange der gezogenen Ausnahmen — vergl. AGO. I, 21 §§. 1, 2 — praktisch ohne Bedeutung und innerlich nicht zu rechtfertigen, weil gegen jeden inländischen Kläger die Rechtshülfe gegeben wird.

„Der Art. 166 des Code de proc., Hannover §. 54, Oldenburg Art. 81 §. 1, Baden §. 178 und Württemberg Art. 156 heben übereinstimmend hervor, daß diese Kautionspflicht auch dem Ausländer obliegt, welcher dem Prozesse auf Seiten des Klägers als Nebenintervenient beitritt. Bei Berathung des hannov. Entw. §. 78, welcher diesen Fall gleich dem §. 99 nicht besonders hervorhebt, ging man — Protokolle S. 938 — von derselben Voraussetzung aus, welche darin ihren Grund hat, daß der Nebenintervenient (§. 94) dem Beklagten für die durch die Nebenintervention verursachten Kosten haftet, im Falle des §. 66 sogar als Streitgenosse gegenübersteht.

„Zur Begründung der Kautionsforderung reicht für den Beklagten die Thatsache hin, daß der Kläger Ausländer ist. Der Kläger kann die Kautionspflicht ablehnen, wenn er einen der im §. 99 aufgeführten fünf Befreiungsgründe — welchen die Zulassung zum Armenrechte §. 104 Nr. 2 als sechster hinzutritt — für sich geltend machen kann.

„Der Grund Nr. 1 begreift die Fälle der Reciprozität. Die durch §. 166 Nr. 1 des nordd. Entw. für die Befreiung des Ausländers gestellte fernere Bedingung, daß zugleich die Annahme vorliegen müsse, daß in dem Staate des Klägers die den Kostenpunkt betreffende Entscheidung des Prozeßgerichts werde vollstreckt werden, ist nicht aufgenommen. Diese

Bedingung liegt außerhalb der Erfordernisse der Reziprozität und widerspricht der grundsätzlichen Auffassung des Entwurfs von der Stellung zum Auslande.

„Die Exemtion des Urkunden- und Wechselprozesses, sowie der Klagen aus Ansprüchen, welche in das Grund- oder Hypothekenbuch einer deutschen Behörde eingetragen sind — Nr. 2 und 5 — rechtfertigen sich durch die beschleunigte Form des für diese Prozesse vorgeschriebenen besonderen Verfahrens. §§. 531 ff., 655 Abs. 2. Entsprechend Bayern Art. 120 Nr. 3 redet der Entwurf im Falle der Nr. 5 des §. 99 und ebenso §§. 692 ff. von Ansprüchen statt von „Forderungen", um jeden Zweifel über die Anwendbarkeit der Bestimmungen auf dingliche Ansprüche auszuschließen.

„Die Ausnahme der Widerklagen — Nr. 3 — und der in Folge einer öffentlichen Aufforderung (§. 762) angestellten Klagen — Nr. 4 — ist gerechtfertigt, weil die Erhebung dieser Klagen durch einen vorangegangenen Angriff des Beklagten veranlaßt ist.

„Das Verlangen der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten ist vom Beklagten nach Maßgabe der §§. 238 Nr. 4, 446 als prozeßhindernde Einrede vor seiner Einlassung zur Hauptsache geltend zu machen und befreit den Beklagten von der Einlassung auf die Klage.

1) In der Justizkommission hatte zu §. 99 des Entwurfs Abg. Dr. Grimm den Antrag gestellt, hinter „Kläger" beizufügen „oder Nebenintervenienten" und zu Ziffer 1 den Zusatz anzunehmen:

„und in jenem Staate die den Kostenpunkt betreffende Entscheidung vollstreckt wird",

da sonst den Inländern leicht die Möglichkeit fehlen könnte, Ersatz der Kosten zu erhalten.

Den ersten Antrag zog Dr. Grimm zurück. Der zweite wird vom Abg. Eysoldt befürwortet mit Rücksicht auf Oesterreich, welches zwar von Ausländern keinen Kostenvorschuß verlange, aber die im Auslande wegen der Kosten getroffenen Entscheidungen nicht vollstrecke.

Ferner lag ein Antrag des Abg. Dr. Bähr vor:

Im Absatz 1 die Worte „auf dessen Verlangen" zu streichen und dem Paragraphen hinzuzufügen: „Die Sicherheitsleistung ist mit der Klage nachzuweisen."

Nur auf diese Weise werde ein wirksamer Schutz des Verklagten herbeigeführt.

Hiegegen bemerkte Abg. Herz, der Antrag Bähr widerspreche dem civilprozessualen Grundsatz, daß man keine Partei in eine günstigere Lage versetzen solle, als sie selbst verlange.

Der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg gegen beide Amendements. Eine dem Antrage Grimm entsprechende Bestimmung sei aus dem Norddeutschen Entwurf als zu weit gehend und der comitas nationum widersprechend gestrichen. Fordere man im Auslande von Deutschen keinen Kostenvorschuß, so dürfe man auch in Deutschland von Ausländern keinen solchen verlangen. Die Gerichte würden in jedem einzelnen Falle in die üble Lage kommen, prüfen zu müssen, ob das Ausland eine ausdrückliche Bestimmung besitze, wonach Kostenverfügungen auswärtiger Gerichte vollstreckt werden. Der Antrag Bähr enthalte eine Bevormundung der Parteien und könne dahin führen, daß ein Vorschuß gezahlt werden müsse, selbst wenn der Beklagte einen solchen gar nicht wünschen könne z. B. in dem Falle, daß ein ausländischer Staat oder ein reicher auswärtiger Bankier klage. (Komm.-Prot. S. 38.)

2) Ausländer sind Nichtdeutsche. (Vgl. §. 103. Art. 1 u. 3 der Reichsverfassung und Reichsgesetz über Erwerb und Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870.)

3) Nur der als Kläger auftretende Ausländer ist cautionspflichtig. — Kläger ist nur der, welcher nach §. 230 eine Klage erhebt, also nicht der Nebenintervenient. Zwar scheint es, als ob die Motive (s. oben) diesen im Auge gehabt hätten; allein der Wortlaut des Gesetzes und der Zweck desselben, den Angegriffenen gegenüber dem angreifenden Ausländer zu schützen, verbieten diese Ausdehnung des Begriffes „Kläger". (Vgl. auch Wernz, Commentar zur bayer. CPO. S. 144 Nr. 4.) Tritt aber ein Ausländer als Kläger auf, so ist das Verlangen des Beklagten als prozeßhindernde Einrede nach §. 247 zu behandeln (vgl. §. 247 Ziff. 4). Der Beklagte kann die Einlassung in der Hauptsache verweigern (§. 248). In der Berufungsinstanz kann die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung nur unter der Voraussetzung des §. 490 geltend gemacht werden. (Ueber die Revisionsinstanz vgl. §. 529.)

4) Zu den Ausnahmen von der Kautionspflicht ist zu bemerken, daß unter den „Gesetzen" des Staates (Ziff. 1) auch Staatsverträge zu verstehen sind, welche die Cautionsbefreiung gegenseitig zusichern, da auch solche Zusicherung eine Rechtsnorm enthält. (s. §. 12 des EG. zur CPO.)

5) Da das Motiv für §. 102 nur die Absicht ist, dem inländischen Beklagten die Vollstreckung wegen der Kosten gegen den Ausländer im Inlande zu sichern, so geht auch hieraus hervor, daß durch die Hinterlegung nach §. 101 dem Cautionsberechtigten nur ein bequemes Vollstreckungsobjekt, nicht aber ein Faustpfand geschaffen werden soll. Hat ja auch der Beklagte gegen den inländischen Kläger für die Kostenforderung kein Pfand!

Und doch wollte nur dem Beklagten die gleiche Sicherheit gewährt werden, die er gegen den inländischen Kläger hat.

6) Zu den Befreiungsgründen von der Prozeßkostencaution gehört außer den sub Nr. 1—5 aufgezählten die Erlangung des Armenrechts von Seiten des Klägers (§. 107 Ziff. 2).

7) Die Thatsache, daß das mittelst Klage geltend gemachte Recht ursprünglich einem Ausländer zustand, ist für die Kautionspflicht gleichgiltig. Wenn daher ein Inländer als Cessionar oder Erbe eines Ausländers klagend auftritt, so steht ihm die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten nicht entgegen. (Vgl. Wernz, Commentar zur bayr. CPO. S. 144 Nr. 2.)

Anders, wenn die Cession oder Beerbung erst nach der Klagerhebung eintritt. (§. 236. Wernz a. a. O.)

---

§. 103. (§. 100 des Entw.)

Der Beklagte kann auch dann Sicherheitsleistung verlangen, wenn im Laufe des Rechtsstreits der Kläger die Eigenschaft eines Deutschen verliert oder die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt und nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

Motive: „In Konsequenz des §. 238 Abs. 2 und in Uebereinstimmung mit §. 9 preuß. AGO. I 21, Baden §. 183, Bayern Art. 121 und dem nordd. Entw. §. 167, preuß. Entw. §. 138 bestimmt der §. 100, daß der Beklagte — auch nach der Einlassung auf die Klage — Sicherheitsleistung fordern kann, wenn im Laufe des Rechtsstreits der Kläger die Eigenschaft eines Deutschen verliert oder die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt, insofern nicht in diesen Fällen ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist. Der Kläger wird also nicht frei von der Kautionspflicht, wenn gegen die an sich unstreitige Klageforderung ein Kompensationsanspruch vorgebracht ist."

1) Der in diesem Paragraphen vorgesehene Fall, daß die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, beseitigt werde, kann nur eintreten in Bezug auf §. 102 Ziff. 1, wenn die Reciprozität aufhört, Ziff. 2, wenn der Urkunden- oder Wechselprozeß in's ordentliche Verfahren übergeht (§. 559), sowie durch Entziehung des Armenrechts (§§. 112, 107 Ziff. 2, 102 Nr. 6).

2) Der Wegfall jener Voraussetzung muß im Laufe des Verfahrens eingetreten sein. Ein Zeitpunkt ist hiefür nicht bestimmt. Demnach kann auch in der Berufungs- oder Revisionsinstanz der Wegfall der Voraussetzung das Verlangen der Sicherheitsleistung begründen.

3) Ist ein zur Deckung der Prozeßkosten ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten, so kann die Sicherheitsleistung wegen Wegfalls der Befreiungsgründe nicht verlangt werden. Ob dieser Theil ausreichend sei, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen.

4) Die Veräußerung des erhobenen Anspruchs von Seiten des inländischen Klägers an einen Ausländer fällt nicht unter diesen Paragraphen, da nach §. 236 eine derartige Veräußerung keine prozessuale Bedeutung hat. Nur wenn der Gegner den ausländischen Cessionar als Hauptpartei zuläßt (§. 236 Abs. 2), kann er von demselben auch Sicherheitsleistung fordern.

5) Ergeben sich im Laufe des Verfahrens Umstände in der Person des Klägers, welche ihn, wenn sie vor der Klagserhebung eingetreten wären, von der Kautionspflicht befreit hätten, so kann derselbe Aufhebung der Sicherheitsleistung verlangen. (Vgl. die Motive zu §. 104 a. E.) Es folgt dieß nicht nur aus der Analogie der §§. 103 und 104, sondern auch aus den Grundsätzen der condictio causa finita. Beispiele sind: Der ausländische Kläger wird im Laufe des Verfahrens von einem Inländer beerbt; der ausländische Kläger wird in Deutschland naturalisirt, der Staat, welchem der ausländische Kläger angehört, führt Reziprozität ein, der ausländische Kläger erlangt das Armenrecht. In all' diesen Fällen wird selbstverständlich auch die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung hinfällig, wenn sie vor deren Erledigung und vor Leistung der Sicherheit eintreten.

---

§. 104. (§. 101 des Entw.)

Die Höhe der zu leistenden Sicherheit wird vor dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt.

Bei der Festsetzung ist derjenige Betrag der Prozeßkosten zu Grunde zu legen, welchen der Beklagte wahrscheinlich aufzuwenden haben wird. Die dem Beklagten durch eine Widerklage erwachsenden Kosten sind hierbei nicht zu berücksichtigen.

Ergiebt sich im Laufe des Rechtsstreits, daß die geleistete Sicherheit nicht hinreicht, so kann der Beklagte die Leistung einer weiteren Sicherheit verlangen, sofern nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

Motive: „Die Höhe der vom Kläger zu leistenden Sicherheit wird

nach §. 101 vom Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt. Gleich Hannover §. 55, Oldenburg Art. 82 §. 2, Württemberg Art. 157, dem hannov. Entw. §. 79 und dem nordd. Entw. §. 178 bestimmt der Absatz 2, daß bei Bestimmung der Höhe derjenige Betrag der Prozeßkosten zu Grunde zu legen ist, welchen der Beklagte wahrscheinlich aufzuwenden haben wird. Die Baden §. 180, Bayern Art. 120 und preuß. Entw. §. 135 angeordnete generelle Beschränkung auf die Kosten der ersten Instanz ist nicht praktisch, weil sie für die höheren Instanzen die regelmäßige Wiederholung des Kautionsverfahrens nach sich zieht. Wird in Folge einer zu niedrigen Veranschlagung der Prozeßkosten durch das Gericht oder in Folge von Aenderungen im Werthe der geleisteten Sicherheit dieselbe unzureichend, so kann der Beklagte die Leistung einer weiteren Sicherheit verlangen, sofern nicht (wie im Falle des §. 100) ein zur Deckung ausreichender Theil des Klageanspruchs unbestritten ist. Bei Bestimmung der Höhe der Kaution bleiben die dem Beklagten aus einer Widerklage erwachsenden Prozeßkosten außer Berücksichtigung.

„Wenn im Laufe des Rechtsstreits umgekehrt die Voraussetzung, durch welche die Verpflichtung des Klägers zur Sicherheitsleistung begründet war, fortfällt, so kann der Kläger die Aufhebung der Sicherheitsleistung beantragen. Der §. 285 des sächs. Entw. hebt diesen Satz ausdrücklich hervor."

Zu §. 101 des Entwurfs hatte Abg. Dr. Bähr das Amendement eingebracht, den Paragraphen wie folgt zu fassen:

„Die mit der Klage nachzuweisende Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten muß mindestens die Kosten eines einfachen streitigen Verfahrens erster Instanz umfassen.

Wird im Laufe des Verfahrens die Höhe der zu leistenden Sicherheit streitig, so wird dieselbe vom Gerichte" u. s. w. wie im Entwurf.

Dieses Amendement wurde jedoch vom Antragsteller zurückgezogen. (Komm.-Prot. S. 38 vgl. §. 105 Nr. 1.)

---

§. 105. (§. 102 des Entw.)

Das Gericht hat dem Kläger bei Anordnung der Sicherheitsleistung eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Sicherheit zu leisten sei. Nach Ablauf der Frist ist auf Antrag des Beklagten, wenn die Sicherheit bis zur Entscheidung nicht geleistet ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen.

Motive: „Zur Bestellung der Sicherheit bestimmt das Gericht bei

Anordnung der Sicherheitsleistung gemäß §. 102 eine Frist. Wenn der Kläger binnen dieser Frist die angeordnete Sicherheit nicht oder nicht gehörig leistet, so ist auf Antrag des Beklagten die Klage für zurückgenommen (§. 234) zu erklären. Nach Hannover §. 55 und nach der preuß. Verordn. v. 21. Juli 1846 §. 5 erfolgt in gleichem Sinne die Abweisung der Klage in der angebrachten Art. Stärker ist der Rechtsnachtheil, welchen der Kläger in gleichem Falle in der Rechtsmittelinstanz erleidet. Hier wird im Falle der Säumniß des Klägers das Rechtsmittel verworfen und das angegriffene Urtheil rechtskräftig. Nach der preuß. AGO. I 21 §. 13 und nach dem preuß. Entw. §. 140 soll hierdurch nur die Fortsetzung der Appellation suspendirt, beziehentlich die Einlassungspflicht des Beklagten auf die Berufung aufgeschoben werden. Diese Lösung ist aber nicht konsequent der Behandlung der Einrede in erster Instanz. Der Prozeß darf nicht in der Schwebe bleiben und muß auf den im §. 102 erforderten Antrag des zur Betreibung des Rechtsstreits berechtigten Beklagten zu Ende geführt werden.

„Ueber die Behandlung der Einrede der fehlenden Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten in den höheren Instanzen bestimmen die §§. 469, 505."

1) Der Wortlaut des §. 102 im Entwurfe stimmt nicht völlig mit §. 105 überein. Dort war die Fassung des zweiten Satzes folgende:

„Wird die Sicherheit binnen dieser Frist nicht geleistet, so ist auf Antrag des Beklagten die Klage für zurückgenommen zu erklären oder, wenn ꝛc. wie im Entwurf."

2) Abg. Dr. Bähr hatte hiezu in der Justizkommission den Antrag gestellt: den Paragraphen, a) wie folgt einzuleiten:

„Der Mangel der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten ist, wenn der Kläger ein Versäumnißurtheil auf die Klage erwirken will, von Amtswegen zu berücksichtigen."

b) An Stelle der zu streichenden ersten Zeile des Entwurfs Folgendes zu setzen:

„Wird im Laufe des Verfahrens eine Sicherheitsleistung angeordnet, so hat das Gericht eine Frist u. s. w. wie im Entwurfe."

Auch diesen Antrag zog Dr. Bähr zurück. (Komm.-Prot. S. 38, 39 vgl. Bemerkung zu §. 104.)

Demnach darf von Amtswegen niemals, auch nicht bei dem Antrag auf Erlassung eines Versäumnißurtheils, der Mangel einer cautio pro expensis berüsichtigt werden.

3) Abg. Reichensperger stellte in der Justizkommission den Antrag, dem §. 102 des Entwurfs beizufügen:

„Gegen die Verwerfung des Rechtsmittels ist sofortige Beschwerde zulässig, wenn zugleich die Sicherheit geleistet wird"

und führte aus: „der Grundsatz des §. 102 würde bewirken, daß ein Appellat, welcher in erster Instanz vollständig gesiegt habe und daher durch seine Person schon einige Sicherheit biete, in zweiter Instanz aller Rechte definitiv für verlustig erklärt werde, wenn er die Frist zur Sicherheitsleistung vielleicht zufälliger Weise versäume. Er halte dies für eine unbillige Härte, welcher er durch seinen Antrag vorbeugen wolle."

Direktor von Amsberg: „Dieser Antrag würde zu einer vollständigen Verwirrung des Rechtsmittelsystems führen. Eine sofortige Beschwerde als Rechtsmittel gegen ein Endurtheil sei diesem Systeme unbekannt."

Abg. Reichensperger: „Auf die Bezeichnung des Rechtsmittels komme es ihm nicht an, man könne auch „Einspruch binnen 14 Tagen" geben."

Direktor von Amsberg: „Dann würde die Verwirrung im System noch ärger. Denn Einspruch gegen ein in Anwesenheit der beiden Parteien erlassenes Urtheil widerspreche vollends dem Systeme des Entwurfs. Er vermöge nicht abzusehen, daß ein Bedürfniß bestehe, für die Seitens des Antragstellers konstruirten in der Praxis höchst seltenen Fälle ein besonderes Auskunftsmittel zu schaffen."

Abg. Dr. Wolffson: „Aus §. 102 des Entwurfs gehe nicht deutlich hervor, ob die Frist ein „fatale" sei, oder ob nach eingetretener Mora, aber bevor der Antrag auf Urtheilsfällung gestellt sei, die Sicherheit noch rechtswirksam geleistet werden könne. Er glaube, es liege dem Entwurfe nicht die Absicht zu Grunde, die Frist als „fatale" zu erklären. Werde die Sicherheit nur geleistet, ehe ein Urtheil das auf Nichtleistung der Sicherheit innerhalb einer Frist gestellte Präjudiz verwirklicht habe, so würde dies nach seiner Ansicht genügen, um eine Verwirklichung der angedrohten Rechtsnachtheile auszuschließen. Er behalte sich vor, desfallsigen Antrag zu formuliren und ersuche, diesen Punkt einstweilen auszusetzen."

Die Kommission ist damit einverstanden, daß §. 102 in dieser Beziehung ausgesetzt werde.

Der Antrag Reichensperger wurde abgelehnt, §. 102 unter dem erwähnten Vorbehalte genehmigt. (Komm.-Prot. S. 520, 521.)

In der über diesen Vorbehalt später gepflogenen Kommissionsverhandlung formulirte der Abg. Dr. Wolffson seinen Antrag dahin, daß der zweite Satz des Paragraphen die Fassung erhalte, die er nunmehr im Gesetze hat.

Abg. Reichensperger stellte folgenden Antrag:

„Nach Ablauf der Frist ist auf Antrag des Beklagten, wenn die Sicherheit nicht geleistet ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären, oder

wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe durch Versäumnißurtheil zu verwerfen. Gegen dieses Urtheil ist der Einspruch zulässig, wenn zugleich die Sicherheit geleistet wird."

Abg. Dr. Wolffson begründete seinen Antrag kurz wie folgt: „Sein Antrag wolle erreichen, daß die Frist nicht als ein fatale angesehen werden solle, der Kläger vielmehr die Sicherheit auch nach Ablauf der Frist noch so lange leisten könne, als der Beklagte nicht den betreffenden Antrag gestellt habe."

Abg. Reichensperger: „Der Antrag Dr. Wolffson sei vollkommen gerechtfertigt, genüge aber noch nicht. Man müsse sich vergegenwärtigen, welchen Unterschied es mache, ob wegen Nichtleistung der Sicherheit eine Klage für zurückgenommen erklärt oder ob ein Rechtsmittel verworfen werde. In dem ersten Falle könne neue Klage erhoben werden. Bei Verwerfung des Rechtsmittels wegen Nichtleistung der Sicherheit würde das ganze Recht des Betreffenden erlöschen. Richtiger sei es, das Rechtsmittel durch ein Versäumnißurtheil zurückzuweisen, den Einspruch gegen das letztere aber nur dann zuzulassen, wenn gleichzeitig die Sicherheitsleistung herbeigeschafft werde."

Direktor von Amsberg: „Der Antrag Dr. Wolffson wolle eine Milderung dem Grundsatze des Entwurfs gegenüber einführen; er stelle die Entscheidung hierüber der Kommission anheim."

„Dagegen sei die Annahme des Antrags Reichensperger dringend zu widerrathen. Der vorliegende Fall könne nicht als geeignet angesehen werden, um eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen zu rechtfertigen. Der Entwurf kenne ein Versäumnißurtheil nur dann, wenn eine Partei im Termine nicht erschienen sei; hier solle ein Versäumnißurtheil ergehen, weil eine Partei innerhalb einer bestimmten Frist etwas nicht gethan habe. Die Fälle, welche hier vorkommen könnten, seien praktisch so außerordentlich unerheblich, daß man ihretwegen nicht mit dem ganzen System des Entwurfs brechen könne."

Abg. Dr. Grimm erklärte sich für den Antrag, „weil in der That der Gesichtspunkt des Kontumazialverfahrens zuzutreffen scheine. Der Entwurf setze eine Frist fest, nach deren Ablauf ein Rechtsnachtheil eintreten solle. Werde diese Frist, zufolge höherer Gewalt, unabwendbarer Naturereignisse verabsäumt, so müßte jedenfalls das außerordentliche Rechtsmittel der Restitution gewährt werden; das regelmäßige Mittel des Einspruchs treffe aber auch hier vollständig zu."

Abg. Reichensperge rerwiderte dem Direktor von Amsberg, „daß trotz der Anwesenheit der Parteien alltäglich Versäumnißurtheile erlassen würden, wenn nämlich im Anwaltsprozesse die Parteien ohne Anwälte erschienen seien. Nicht die An- oder Abwesenheit der Parteien sei hier ent-

scheidend, vielmehr komme es nur darauf an, ob der Erschienene persona standi in judicio habe. Dieselbe habe er nicht, wenn er nicht einen Anwalt bestellt."

Nach Schluß der Diskussion nahm die Kommission den Antrag Dr. Wolffson an, lehnte aber den Antrag Reichensperger ab (Komm.-Prot. S. 593, 594).

4) Die zur Sicherheitsleistung festgesetzte Frist beginnt gemäß §. 198 Abs. 1 mit deren Verkündung oder, wo dieß nöthig erscheint, mit Zustellung des Schriftstücks, in welchem die Frist festgesetzt ist. In der Regel wird die Verkündung der Anfangspunkt sein. Doch ist auch denkbar, daß die Verkündung vertagt wird (§. 294 Abs. 2 cf. §. 281) und in dem Verkündungstermine der Kläger nicht erscheint; in diesem Falle wird Zustellung des ausgefertigten Fristbeschlusses nöthig, um die Frist in Lauf zu setzen.

Die Frist kann durch Parteivereinbarung und durch das Gericht auf Antrag verlängert oder verkürzt werden (§§. 202 ff.).

Die Purgatio morae, wie sie nach der Fassung des Paragraphen bis zur Entscheidung über den beklagtischen Antrag zulässig ist, ergibt sich nicht schon aus allgemeinen Grundsätzen, statuirt vielmehr eine Ausnahme hievon (vgl. §. 209 Abs. 2).

Eine Wiedereinsetzung gegen die Versäumniß der Frist gibt es nicht, da sie nicht als Nothfrist erscheint (vgl. §§. 201 Abs. 3 und 211).

5) Die Wirkung des Ausspruchs, daß die Klage als zurückgenommen zu gelten habe, richtet sich nach §. 243.

Mit der Verwerfung des Rechtsmittels wegen Versäumung der Frist fällt auch die Anschließung des Beklagten, soferne er dieselbe nicht innerhalb der Frist für Erhebung des betreffenden Rechtsmittels erklärt hat (§§. 483, 518).

Hat der Kläger dem Rechtsmittel des Beklagten adhärirt, so ist nach Versäumung der Kautionsfrist seine Anschließung zu verwerfen. Will der Säumige die definitive Verwerfung des Rechtsmittels vermeiden, so bleibt ihm der Ausweg, daß er nicht erscheint und Versäumnißurtheil gegen sich ergehen läßt, gegen welches er Einspruch erheben kann.

Siebenter Titel.

Armenrecht.

Motive zu §§. 103—114 des Entwurfes: „Die Befreiung armer Prozeßparteien von den Kosten folgt aus der Nothwendigkeit gleichen Rechtsschutzes für Arm und Reich.

„Bis in die neuere Zeit wurde in Frankreich für unentgeltliche Rechtshülfe der Armen nur gewohnheitsmäßig durch die Anwaltskammern gesorgt; gesetzlich ist das Armenrecht — l'assistance judiciaire — erst durch ein Gesetz vom 22. Januar 1851 geregelt (Bulletin des lois, Serie X Th. 7 Nr. 346 S. 93 Regnard, de l'organisation judiciaire. Paris 1855 S. 248 ff.). Dagegen wurde in Deutschland das Armenrecht aus dem römischen und kanonischen Rechte reichsgesetzlich fortentwickelt und ist altes und allgemein geltendes Prozeßrecht (preuß. AGO. I 23 §§. 30 ff., mecklenburgische Verordn. v. 13. Septbr. 1845, Hannover §§. 61 ff., Braunschweig §§. 141 ff., Oldenburg Art. 57 ff., Baden §§. 160 ff., Württemberg Art. 163 ff., Bayern Art. 133 ff., preuß. Entw. §§. 115 ff., sächs. Entw. §§. 286 ff., hannov. Entw. §§. 82 ff., nordd. Entw. §§. 170 ff.

---

§. 106. (§. 103 des Entw.)

Wer außer Stande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie nothwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten, hat auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht muthwillig oder aussichtslos erscheint.

Ausländer haben auf das Armenrecht nur insoweit Anspruch, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

Motive: „Der §. 103 des Entwurfs gibt demjenigen einen Anspruch auf Bewilligung des Armenrechts, welcher außer Stande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie nothwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bezahlen. Diese Formulirung des objektiven Erfordernisses der Armuth ist mit geringen Modifikationen den allegirten Gesetzgebungen gemeinsam und bezieht sich nur auf physische Personen. Inwieweit ein Recht der juristischen Personen auf Gebührenfreiheit anzuerkennen, wird in der Prozeßordnung nicht bestimmt. Das erwähnte französische Gesetz behandelt als Arme nach Art. 1 und 10 nur die Personen, welche geringe oder gar keine Abgaben zahlen und wegen ihrer Armuth gänzlich außer Stande sind, ihre Rechte vor Gericht zu verfolgen. Dieser beschränkte Umfang des Armenrechts gilt auch in Frankreich als ungenügend.

„Ausländer haben nur insoweit auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist (vgl. Baden §. 161, Württemberg Art. 173, hannov. Entw. §. 83, nordd. Entw. §. 171). Die staatliche Fürsorge hat sich darauf zu beschränken, daß den Deutschen im Falle ihrer Armuth die Möglichkeit der Rechtsverfolgung und Rechtsvertheidigung

vor den deutschen Gerichten gewährt werde. Ausländern ist dieser Rechtsschutz bei deutschen Gerichten nur insoweit zu bewilligen, als in dem fremden Staate, dem sie angehören, den Deutschen die gleiche Wohlthat zu Theil wird.

„Zum Schutze gegen den Mißbrauch des Armenrechts durch frivole Prozeßführung ist in zahlreichen Prozeßgesetzen — insbesondere auch für Rheinpreußen durch die Kab.-Ordre v. 25. Mai 1831 — eine sachliche Vorprüfung der von der armen Partei beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung vorgeschrieben. Diese summarische Prüfung erfolgt auf Grund des einseitigen Vorbringens der das Armenrecht begehrenden Partei und soll zunächst feststellen, ob nicht der von der armen Partei geltend gemachte Anspruch ungerecht oder aussichtslos ist (vgl. Braunschweig §. 143, Oldenburg Art. 60 §. 1, hannov. Entw. §. 82, sächs. Entw. §. 286, Bayern Art. 137, Hannover §. 62, nordd. Entw. §. 170, preuß. Entw. §. 115, französisches Ges. v. 22. Januar 1851). Die Zulassung eines solchen Präventivmittels hat aber erhebliche Bedenken gegen sich. Die summarische Vorprüfung kann überall, da sie ohne die Garantien des prozessualischen Verfahrens geschieht, nur ein unsicheres Resultat ergeben; sie ist, wenn man die Vornahme der Prüfung dem Prozeßgerichte belassen will, in hohem Grade geeignet, die Unbefangenheit desselben für den Rechtsstreit zu gefährden, wie sie auch der grundsätzlichen Abschaffung der sachlichen Klageprüfung zuwiderläuft. Die letzteren Erwägungen haben in den meisten Gesetzgebungen dahin geführt, die sachliche Vorprüfung dem Prozeßgerichte abzunehmen und anderen Behörden zu übertragen. So haben Braunschweig §. 141 für alle Prozesse und Hannover §. 62, Oldenburg Art. 58 und hannov. Entw. §. 86 für die nicht vor den — gleichzeitig als Organe der Justizverwaltung anzusehenden — Amtsgerichten anhängigen Prozesse die Bewilligung des Armenrechts zur Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft verwiesen. Diese Aushülfe widerspricht aber der prinzipiellen Fernhaltung der Staatsanwaltschaft vom Civilprozesse und es ist daher auch der Versuch Bayerns Art. 137, 138 nicht zu billigen, wenn es unter Komplikation des Verfahrens die Vorprüfung des Anspruchs dem Staatsanwalte und die Feststellung der Armuth dem Gerichte überträgt. Das französische Gesetz — welchem der preuß. Entw. §§. 121 ff. nachgebildet ist — läßt über Bewilligung des Armenrechts von einer besonderen, aus Mitgliedern der Gerichte, der Advokatur, der Verwaltungs- und Finanzbehörden bei jedem einzelnen Kollegialgerichte zu bildenden Behörde — bureau d'assistance — entscheiden. Die Einsetzung besonderer Behörden für eine an sich untergeordnete Thätigkeit ist um so mehr zu vermeiden, als diese Thätigkeit, wenngleich nicht zur eigentlichen Rechtssprechung gehörend, doch mit der Rechts-

pflege im nächsten Zusammenhange steht und daher den Gerichten nicht entzogen werden darf. Der Entwurf hat aus Rücksicht auf diese materiellen und formellen Nachtheile, — welche auch bei Beschränkung der Vorprüfung auf Armenrechtsgesuche klagender Prozeßparteien bestehen bleiben — in Uebereinstimmung mit dem altpreußischen, badischen und württembergischen Prozeßrechte von einer sachlichen Vorprüfung abgesehen und hat daher ohne Bedenken die Entscheidung über die Bewilligung des Armenrechts dem Prozeßgerichte belassen können. Die §§. 105, 106, 108 und 112 bieten ausreichenden Schutz gegen mißbräuchliche Anwendung des Armenrechts."

1) Im Entwurf lautete dieser Paragraph wie folgt:
„Wer außer Stande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie nothwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten, hat auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch, ein Ausländer nur insoweit, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist."

Hiezu lagen in der Justizkommission vor:

der Antrag des Abgeordneten Struckmann:

im §. 103 hinter „Anspruch" zu setzen;
„wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht muthwillig oder völlig aussichtslos erscheint. Ausländer rc." wie im Texte des §. 106 Abs. 2.

Der Antrag des Abg. Dr. Bähr:
im §. 103 Zeile 2 hinter „bestreiten" hinzuzusetzen: „auch keine alimentationspflichtige Angehörige besitzt, welche die Prozeßkosten für ihn zu bestreiten im Stande sind" u. s. w. wie im Entwurf.

Seinen weiteren Antrag:
am Schlusse des Paragraphen hinzuzufügen: „Die Bewilligung des Armenrechts für Anstellung einer Klage oder Erhebung eines Rechtsmittels ist zu versagen, wenn nach Inhalt des Gesuchs die Prozeßführung als frivol erscheint"
zog Abg. Dr. Bähr zu Gunsten des Struckmann'schen Amendements zurück.

In gleicher Weise nahm der Abg. Reichensperger von seinem dahin gehenden Antrage:

statt der Worte „hat auf Bewilligung" u. s. w. zu setzen: „ist zum Armenrechte zuzulassen, wenn der Prozeß Aussicht auf Erfolg barbietet.

Das Armenrecht kann in jeder Lage des Prozesses von Amtswegen oder auf den Antrag der Gegenpartei wieder entzogen werden.

Ausländern ist nur insoweit das Armenrecht zu gewähren, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist",

zu Gunsten des Amendements Struckmann Abstand, vorbehaltlich der Wiederaufnahme des zweiten Absatzes zu §. 108 (des Entw.).

Nachdem Abg. Dr. Bähr seinen Antrag durch Hinweis auf die Unbilligkeit empfohlen hatte, welche darin liege, daß eine an einen reichen Mann verheirathete Ehefrau oder ein in der Gewalt eines reichen Vaters stehendes Kind als vermögenslos einen Prozeß mit Hülfe des Armenrechts führe, wurde die Debatte über den Struckmann'schen Antrag durch folgende Ausführungen des Antragstellers eingeleitet:

„Wollte man, wie der Entwurf, abweichend von den bestehenden Prozeßordnungen und den neuesten Entwürfen die Gewährung des Armenrechtes von einer sachlichen Vorprüfung der Klage unabhängig machen, so würde man Gefahr laufen, die Gerichte durch unnöthige Klagen, die Anwälte durch die Führung unmöglich zu gewinnender Prozesse zu belästigen, außerdem und hauptsächlich aber die Wohlhabenden der Chikane von prozeßsüchtigen Armen auszusetzen. Der von der Kostenzahlung befreite Arme sei durch nichts gehindert, gegen andere Leute mit nutzlosesten Prozessen vorzugehen und dieselben zur Aufwendung von Kosten zu nöthigen, für welche sie niemals Ersatz bekämen. Die Vorschriften der §§. 108, 110, 112 des Entwurfs gewährten hiegegen keinen Schutz, da sie eine wirklich arme Partei nicht vom muthwilligen Prozessiren zurückhielten. Durch die Vorprüfung der Klage aus dem Gesichtspunkte, ob sie muthwillig angestellt sei, präjudizirten sich die Gerichte nicht bezüglich der Entscheidung in der Sache selbst. Zudem werde sich bei den meisten Kollegialgerichten die in Vorschlag gebrachte Vorprüfung einer anderen als der mit der Entscheidung des Prozesses zu betrauenden Kammer übertragen lassen."

Diesen Gründen traten die Abgg. Reichensperger und Dr. Bähr bei und erklärten, die gerichtliche Vorprüfung habe sich in der Rheinprovinz und in Hessen als sehr segensreich bewährt, indem dadurch muthwillige Prozesse abgeschnitten seien. Andererseits sei durch die Einschränkung des Armenrechts den Unbemittelten nirgends der Rechtsschutz verkürzt. Abg. Reichensperger bemerkte dabei: er beziehe die Worte: „insoweit als die Gegenseitigkeit verbürgt ist" nicht auf mit dem Auslande geschlossene Staatsverträge, sondern darauf, daß nach den Gesetzen des ausländischen Staates unseren Staatsangehörigen ebenfalls das Armenrecht gewährt werde.

Hierauf erwiderte der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg: „jene Worte bezögen sich nicht blos auf die durch ausländische Gesetze, sondern auch auf die durch internationales Uebereinkommen den Angehörigen des Deutschen Reichs zugesicherte Gewährung des Armenrechts."

Abg. Herz, welcher dem Struckmann'schen Antrage beistimmte, glaubte, es fehle in demselben verbunden mit dem Entwurfe, an Vorschriften

darüber, von wem und in welchen Formen die Vorprüfung vorgenommen werden solle, da §. 113 (des Entw.) nur festsetze, wer über die Frage, ob arm oder nicht arm, zu entscheiden habe.

Der Geheime Justizrath Kurlbaum trat dem Antrage Struckmann entgegen: „Die Wirkung der Gewährung, resp. der Versagung des Armenrechts auf die Prozeßanstellung sei aus anderen Gesichtspunkten zu betrachten. Der Zweck des Armenrechts gehe freilich dahin, die aus §. 104 (des Entw.) sich ergebenden, der Klageerhebung entgegenstehenden Schranken zu beseitigen. Nun werde aber, anlangend die Befreiung von den Gerichtskosten — §. 104 Nr. 1 — der Staat darum den Rechtsschutz nicht versagen können, weil er kein Geld erhalte: dieser Satz sei wenigstens in Preußen anerkannt. Die Befreiung von der Sicherheitsleistung — §. 104 Nr. 2 — treffe nur die Ausländer und sei darum praktisch wenig erheblich. — So bleibe für das amtsgerichtliche Verfahren nur die Befreiung von den Kosten der Gerichtsvollzieher, ohne deren Mitwirkung freilich nicht geklagt werden könne: diese seien aber vielfach sehr gering, daher auch von den Armen zu beschaffen. Hiernach liege bei dem amtsgerichtlichen Verfahren in der Versagung des Armenrechts gewöhnlich keine erhebliche Behinderung der Klageerhebung. Von Wichtigkeit sei nur die Befreiung von den Anwaltsgebühren im Prozeß vor den Landgerichten. Diese jedem Armen unbedingt zu gewähren sei deßhalb nicht bedenklich, weil die Anwälte auch in Armensachen das Recht und die Pflicht behielten, unhaltbare Sachen abzulehnen. Thatsächlich lege also der Entwurf die gewünschte Vorprüfung der Sache in die Hände des unter der Kontrole der Disziplin stehenden Anwalts und das reiche aus. Die Gerichte seien vor Eingang der Entgegnung nicht in der Lage, das Sachverhältniß richtig zu übersehen. Die Verhütung von Mißbräuchen des Armenrechts sei besser mit der Regulirung des Gebührenwesens und mit der Ordnung der Stellung des Anwaltsstandes zu verbinden."

Abg. Struckmann wollte sich auf diese noch nicht einmal in den Prinzipien feststehenden Organisationen nicht verweisen lassen.

Abg. Dr. Gneist wies darauf hin, daß gerade da, wo in Deutschland gegenwärtig die Gewährung des Armenrechts an die wenigsten Voraussetzungen geknüpft sei, allgemein die richterliche Vorprüfung der Klage bestehe. Er machte ferner auf die mißliche Lage aufmerksam, in welche ein Advokat gerathe, der eine Armen-Sache, bei welcher er nichts verdiene, als aussichtslos zurückweise. Er glaube schließlich, daß bei ganz frivolen Klagen der Richter bereits aus der Klage selbst die Grundlosigkeit erkennen könne.

Die Abg. von Jagow und Reichensperger traten diesen Ausführungen bei, Ersterer versicherte, daß in der rheinischen Praxis die Gerichte

trotz der Vorprüfung der Sache in der Gewährung des Armenrechts eher zu milde als zu streng seien. Letzterer war der Ansicht, daß gerade, wenn Anwaltszwang bestehe, der Armenanwalt gar nicht befugt sei, eine Sache als grundlos zurückzuweisen. Wenigstens bestimme das französische Recht, daß, wenn eine selbst wohlhabende Partei für die Anstellung der Klage keinen Advokaten fände, dann das Gericht ihr einen solchen zuordne, der unbedingt die Sache zu übernehmen verpflichtet sei.

Demgegenüber sprach der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg aus, auch der Armenanwalt dürfe grundlose Sachen ablehnen. Der Anwalt, gegen den der Klient offen sein müsse, sei besser in der Lage, zu prüfen, ob Jemand frivol klage, als das Gericht. — Nachdem noch der Abg. Eysoldt den Struckmann'schen Antrag auch deswegen empfohlen, weil die arme Partei durch das Bewußtsein der möglichen Versagung des Armenrechts von der Anstellung muthwilliger Klagen werde zurückgehalten werden, wurde der Antrag Struckmann mit 21 gegen 1 Stimme angenommen, desgleichen der so modifizirte §. 103. — Der Antrag Bähr wurde abgelehnt. (Komm.-Prot. S. 39—41).

Bei der zweiten Lesung des §. 103 stellte Abg. Reichensperger den Antrag, im ersten Absatz das Wort: „völlig" zu streichen. Die Kommission sei der Ansicht des Entwurfs, welcher nur den Nachweis der Mittellosigkeit erfordert habe, entgegengetreten und habe eine Prüfung durch das Gericht eingeführt. Der Gedanke der Kommission werde jedoch ungebührlich abgeschwächt, wenn man das Wort „völlig" stehen lasse. Es werde gewissermaßen gesagt, daß das Gegentheil von dem angenommen werden müsse, was der Kläger behaupte. Dieser Antrag wurde angenommen, das Wort „völlig" also gestrichen.

2) Die Gebührenfreiheit juristischer Personen richtet sich nach der Gebührenordnung und, soweit dieß nach Inhalt derselben zuläßig ist, nach den landesgesetzlichen Bestimmungen. Von diesen erscheinen für Bayern besonders wichtig die Verordnungen vom 17. November 1816 und 13. Juni 1821, wonach der kgl. Fiscus von allen Taxen, Stempeln und Gerichtskosten befreit ist, und Art. 8 des Gesetzes vom 22. Mai 1869 über Armen- und Krankenpflege, wonach die Armenpflegen für Rechtsstreitigkeiten kraft des Gesetzes zum Armenrecht zuzulassen sind (vgl. Wernz, Commentar zur bayr. CPO. S. 152 Nr. 4). Für Preußen vgl. Koch, der preußische Civilprozeß §. 93. —

In Geltung bleiben auch jene landesgesetzlichen Bestimmungen, welche einzelne physische Personen bezüglich der Gerichtskosten begünstigen, z. B. das bayer. Gesetz vom 15. August 1828, die Militärgerichtsbarkeit betr., welches in §. 6 die Militärpersonen von der Bezahlung

der Gerichtstaxen in Personalklagsachen regelmäßig eximirt und Stempelfreiheit denjenigen Unteroffizieren und Soldaten und im Militär Angestellten dieser Klassen gewährt, [welche außer ihrem Solde kein Vermögen haben und sich hierüber durch ein Zeugniß des Vermittlungsamtes (§. 5 des alleg. Ges.) oder durch ein Zeugniß der ordentlichen Obrigkeit ausweisen.

Für Preußen siehe Koch a. a. O.

3) Das Prozeßgericht (§. 109) hat die Voraussetzungen des Anspruchs auf Bewilligung des Armenrechts sämmtlich zu prüfen und zu entscheiden, demnach nicht blos die Frage der Mittellosigkeit, sondern auch die der Frivolität oder Aussichtslosigkeit des Prozesses Seitens der armen Partei. (Nach Art. 133 der bayr. CPO. durfte die arme Partei nur nicht muthwillig prozessiren. Die Entscheidung erfolgte durch das Gericht nach dem Gutachten des Staatsanwalts, wo ein solcher aufgestellt war. Art. 135—138 der bayr. CPO.) Die letztere Frage wird jedoch in den Fällen des §. 110 Abs. 2 ausnahmsweise nicht geprüft. Bei dem Gesuche von Ausländern kommt hinzu die Prüfung der verbürgten Gegenseitigkeit, die (inhaltlich der Protokolle s. o. S. 361) vorliegt, sowohl, wenn Staatsverträge, als wenn ausländische Gesetze den Deutschen im Auslande das Armenrecht nach den dort geltenden Bestimmungen gewähren. Staatsverträge zwischen einzelnen deutschen Bundesstaaten und einem ausländischen Staate, welche nur den Angehörigen jener Bundesstaaten das Armenrecht im Auslande gewähren, sind als Verbürgung der Gegenseitigkeit nur für die Gerichte der betreffenden einzelnen Bundesstaaten zu erachten. (cf. §. 661 Ziff. 5 und Komm.-Prot. zu §. 611 des Entw. S. 344 ff.)

4) Das Armenrecht erstreckt sich auf alle Arten des Verfahrens, welche den Gegenstand der CPO. bilden, selbst auf diejenigen, welche nicht eigentlich Rechtsstreitigkeiten sind, darum kann dasselbe begehrt werden z. B. im Verfahren zur Sicherung des Beweises §§. 447 ff.; im Entmündigungsverfahren (§§. 593 ff.); im Mahnverfahren (§§. 628 ff.); im Aufgebotsverfahren (§§. 823 ff.); im schiedsrichterlichen Verfahren (§§. 851 ff.), soferne hiebei die staatlichen Gerichte betheiligt sind (§§. 862, 868, 870, 871).

---

§. 107. (§. 104 des Entw.)

Durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt die Partei:

1) die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der rückständigen und künftig erwachsenden Gerichtskosten, einschließlich der Gebühren der Beamten, der den Zeugen und den Sachverständigen zu gewährenden Vergütung und der sonstigen baaren Auslagen, sowie der Stempelsteuer;
2) die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten;

3) das Recht, daß ihr zur vorläufig unentgeltlichen Bewirkung von Zustellungen und von Vollstreckungshandlungen ein Gerichtsvollzieher und, insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte ein Rechtsanwalt beigeordnet werde.

Motive: „Um jeden Zweifel auszuschließen, daß zu den einstweilen gestundeten Gebühren der Nr. 1 genannten Beamten auch die Kosten der Gerichtsvollzieher gehören, ist derselben — in Uebereinstimmung mit Hannover §. 61 Nr. 3, Bayern Art. 134 Nr. 1, hannov. Entw. §. 84 Nr. 1 und preuß. Entw. §. 124 — in Nr. 3 ausdrücklich neben den Anwälten gedacht.

„Da nur im Anwaltsprozesse der Zugang zum Gerichte die Vermittelung eines Anwalts voraussetzt, so ist der Partei nur für diesen Prozeß ein Recht auf Beiordnung eines Anwalts zugestanden. — Die Regelung des auf die Beiordnung der Armenanwälte sich beziehenden Verfahrens und der Verpflichtung der Rechtsanwälte, als Armenanwälte zu fungiren, war der Anwaltsordnung zu überlassen.

„Die Prozeßordnungen von Hannover §. 61 Nr. 4, Braunschweig §. 145 und Baden §. 162 verordnen, daß dem vermögenden Gegner der armen Partei, die Lübecker Prozeßordn. v. 28. April 1862 §. 33, daß dem von einer zum Armenrechte zugelassenen Partei Beklagten die Gerichts- und Stempelkosten vorläufig gestundet werden. Der Entwurf hält im Einklange mit den anderen deutschen Legislationen die Einwirkung des Armenrechts der einen Partei auf die Kostenpflicht des Gegners weder für prinzipiell richtig noch für ein Gebot der Rechtsgleichheit der Parteien[1]).

1) Der zu §. 104 Nr. 3 des Entw. in der Kommission gestellte Antrag Wolffson:

die Worte: „und insoweit — Rechtsanwalt" zu streichen, und am Schlusse hinzuzufügen:

„Insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten und die Partei anscheinend durch ihre Mittellosigkeit behindert ist eine solche Vertretung zu erlangen, kann das Gericht zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte einen Rechtsanwalt beiordnen"

wurde zurückgezogen.

Es lag noch vor der Antrag des Abg. Dr. Grimm:

§. 104 Ziff. 3 hinter „geboten ist" einzuschalten:

„oder solche dem Gerichte angemessen erscheint".

---

[1]) S. jedoch unten §. 111.

Antragsteller erachtete es für nöthig, der armen Partei die unentgeltliche Unterstützung eines Anwalts auch vor dem Amtsgerichte zu gewähren, da Prozesse bis zu 300 Mark für arme Leute oft sehr erheblich seien, außerdem aber §. 12 des GVG. (jetzt §. 23) der amtsgerichtlichen Kompetenz noch andere wichtige Sachen ohne Rücksicht auf die Höhe des Objektes zuweise.

Ferner beantragte Abg. Reichensperger:

Im §. 104 Nr. 1 die Worte: „der den Zeugen" — bis „Vergütung" zu streichen.

Er führte aus, daß, wenn die Zeugen, welche nothwendig erscheinen müßten, die vielleicht erforderliche Reise zum Termin auf ihre Kosten machen sollten, wenigstens deren Zahl hätte beschränkt werden müssen, und daß Sachverständige, wenn sie keine Gebühren zu erwarten hätten, von ihrem Rechte, das Gutachten abzulehnen, Gebrauch machen würden. — Gegen den Antrag Grimm spreche, daß, wenn er angenommen würde, ein Anwalt in die Lage kommen könne, auf seine Kosten zum Amtsgericht reisen zu müssen; denn nicht am Sitze jedes Amtsgerichts werde ein Anwalt sein.

Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg gegen den Antrag Reichensperger: „Im Armenprozeß würden die Zeugen gegen die Staatskasse einen Anspruch auf Zahlung ihrer Reisekosten und Gebühren haben, da sie vom Gericht geladen würden — vgl. §. 333 des Entw. — ebenso die Sachverständigen, da dieselben von dem Richter ernannt, von den Parteien nur vorgeschlagen würden. Das Armenrecht würde häufig illusorisch sein, wenn man den Armen nicht die Mittel geben wollte, seinen Anspruch zu beweisen."

Hierauf wurde der Antrag Reichensperger und der Antrag Grimm abgelehnt, §. 104 des Entw. aber angenommen. (Komm.-Prot. S. 41.)

Bei der zweiten Lesung lag der Antrag Reichensperger vor, dem Paragraphen hinzuzusetzen:

„Das Gericht hat zu bestimmen, welche Zeugen und Sachverständigen im Armenrechte vorzuladen sind."

„Eine Bestimmung wie die vorgeschlagene sei nothwendig, weil sonst das Gericht ein willenloses Instrument sein würde und alle Zeugen vorladen müßte, welche die arme Partei benenne. Zur Vermeidung unnöthiger Kosten müsse man daher, wenn mehrere Zeugen benannt werden, dem Gerichte gestatten, eine Auswahl zu treffen. Im preußischen Strafprozeß bestehe eine ähnliche Bestimmung hinsichtlich der Entlastungszeugen."

Abg. Struckmann: „Der Gedanke des Antrags sei wohl begründet, aber nicht durchführbar. Die Annahme desselben würde zu großen Schwierigkeiten und Weiterungen führen. Die Sicherung gegen die chikanöse Be-

nennung von Zeugen liege darin, daß das Gericht nur solche Zeugen vorlade und vernehme, welche über erhebliche Thatsachen vorgeschlagen seien. Das Gericht sei ja in der Lage, zunächst nur einen Theil der benannten Zeugen vernehmen zu können."

Direktor von Amsberg: „So weit sich der Antrag auf die Sachverständigen beziehe, sei derselbe überflüssig, da nach §. 356 des Entw. die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl dem Prozeßgericht zustehe. Was die Zeugen anlange, so habe der Entwurf nicht geglaubt, hier eine absolute Regel geben zu können; er wolle die arme Partei möglichst zu ihrem Rechte gelangen lassen. Von selbst verstehe sich, daß, wenn eine Mehrzahl von Zeugen benannt worden sei, und einige davon das in die Wissenschaft der Zeugen Gestellte vollständig bekundet hätten, von der Vernehmung der übrigen abzusehen sein würde."

Nachdem sich noch Abg. Thilo gegen den Antrag ausgesprochen, der Antragsteller selbst aber die auf die Staatskasse und den Gegner zu nehmenden Rücksichten hervorgehoben hatte, wurde der Antrag von der Kommission abgelehnt. (Komm.-Prot. S. 524). Das gleiche Schicksal hatte die auf „Zeugen" beschränkte Wiederaufnahme dieses Antrags bei einer späteren Berathung (Komm.-Prot. S. 663).

Ein Antrag des Abg. Dr. Grimm, folgende Bestimmung als §. 104a aufzunehmen:

„Der beigeordnete Anwalt ist berechtigt, die Vertretung abzulehnen, wenn er die Sache für grundlos hält.

„In diesem Falle hat er die Gründe in einer besonderen Darstellung dem Gerichte vorzutragen, welches solche der Armenpartei mittheilt und ihr überläßt, einen Vertreter, wobei sie nicht auf die Anwälte beschränkt ist, für sich aufzufinden und zu bestellen."

wurde zurückgezogen, ohne daß der Grund hiezu aus den Protokollen ersichtlich wäre. (Komm.-Prot. S. 42).

Abg. Dr. Bähr schlug vor, als §. 104a aufzunehmen:

„die Bewilligung des Armenrechts für den Kläger, Berufungs- und Revisionskläger hat zugleich für den Gegner die einstweilige Befreiung von den in §. 104 Nr. 1 bezeichneten Kosten zur Folge."

Dieser Vorschlag wurde angenommen, jedoch als §. 107a von der Redaktionskommission eingestellt und erscheint jetzt als §. 111 der CPO. (Komm.-Prot. S. 42.)

2) Zu den in §. 107 Ziff. 1 a. E. genannten „sonstigen baaren Auslagen" gehören beispielsweise die Reisekosten der Gerichtspersonen, die Porti, Insertionsgebühren, Kosten für öffentliche Zustellungen (§§. 186—189); Kosten für Zustellungen im Requisitionswege (§§. 182—185); Kosten für

Beweisaufnahme im Auslande (§. 328) ꝛc. Dagegen gehören nicht hieher die baaren Auslagen für anderweitige Handlungen öffentlicher Behörden z. B. für Legalisation einer ausländischen Urkunde durch ein deutsches Consulat (§. 403), Ausstellung der Beglaubigung einer Prozeßvollmacht (§. 76) ꝛc.

3) Aus Ziff. 2 dieses Paragraphen folgt per arg. a contrario, daß das Armenrecht eine Befreiung von anderweitigen Sicherheitsleistungen nicht gewährt.

4) Aus Ziff. 3 ist im Zusammenhalte mit den angeführten Kommissionsverhandlungen ersichtlich, daß nur im Anwaltsprozesse durch das Armenrecht ein Anspruch auf Beiordnung eines Anwalts begründet wird. Ob und in wie weit der Offizialanwalt befugt ist, wegen Unvertretbarkeit oder aus sonstigen Gründen die Vertretung abzulehnen, wird sich nach der Anwaltsordnung des Reichs, oder wenn eine solche nicht zu Stande kommt, nach den Anwaltsordnungen der Einzelstaaten bemessen.

Die bayr. Prozeßordnung Art. 139 Abs. 2 kennt auch die Aufstellung von Offizialnotaren für die arme Partei behufs Vornahmen der etwa nöthig werdenden Notariatsgeschäfte. Dieß fällt jetzt hinweg, so daß die arme Partei, welche z. B. im Vergleichswege ein Immobile veräußern will, für die Notariatstaxen aufzukommen hat (Art. 14 des bayr. Notariatsgesetzes).

Durch die Aufstellung des Offizialanwalts wird die Prozeßvollmacht für denselben nicht überflüssig. (Vgl. Mot. zu §. 76 oben S. 273). Anders nach der bayr. CPO, Art. 139 Abs. 1.

5) Die Befreiung der armen Partei von den in §. 107 angeführten Kosten ist eine einstweilige d. h. es tritt die Pflicht zur Nachzahlung unter den Voraussetzungen des §. 116 ein.

---

§. 108. (§. 105 des Entw.)

Die Bewilligung des Armenrechts hat auf die Verpflichtung zur Erstattung der dem Gegner erwachsenden Kosten keinen Einfluß.

Der obsiegende Gegner der armen Partei kann gegen dieselbe die ihm entstandenen zur Erstattung geeigneten (§. 87) Prozeßkosten ebensowie die Hauptsache im Wege der Zwangsvollstreckung beitreiben lassen.

Die Einflußlosigkeit des Armenrechts auf das Verhältniß zur Gegenpartei muß zur nothwendigen Folge haben, daß §. 243 Abs. 4 (cf. §. 247 Ziff. 5) auch gegen die als Kläger auftretende arme Partei gilt. So hart

diese Konsequenz unter Umständen sein wird, sie läßt sich nicht ablehnen. Ein Urtheil des ROHG. (s. Entscheid. Bd. 18 S. 178 f.) kommt im Hinblick auf §. 71 Th. I Tit. 14 der preuß. Allg. GO. für das preußische Prozeßrecht und die nach demselben zulässige Litisreassumtion zu anderem Resultate, läßt aber ausdrücklich die Entscheidung nach dem Entw. der CPO. dahingestellt.

---

§. 109. (§. 106 des Entw.)

Das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts ist bei dem Prozeßgericht anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Dem Gesuche ist ein von der obrigkeitlichen Behörde der Partei ausgestelltes Zeugniß beizufügen, in welchem unter Angabe des Standes oder Gewerbes, der Vermögens- und Familienverhältnisse der Partei sowie des Betrags der von dieser zu entrichtenden direkten Staatssteuern das Unvermögen zur Bestreitung der Prozeßkosten ausdrücklich bezeugt wird. Für Personen, welche unter Vormundschaft oder Kuratel stehen, kann das Zeugniß auch von der vormundschaftlichen Behörde ausgestellt werden.

In dem Gesuche ist das Streitverhältniß unter Angabe der Beweismittel darzulegen.

Motive: „Gemäß dem allgemeinen Grundsatze des §. 72 Abs. 2 nimmt der §. 106 das Gesuch um Ertheilung des Armenrechts vom Anwaltszwange aus. Dem Gesuche ist als Grundlage für die Entscheidung des Gerichts über die im §. 103 definirte Armuth das diese nachweisende Zeugniß der obrigkeitlichen oder vormundschaftlichen Behörde beizufügen (vgl. Hannover §. 62, hannov. Entw. §. 82, Baden §. 160, nordd. Entw. §. 174, Württemberg Art. 163). Die Bezeichnung der zur Ausstellung der Armuthzeugnisse berechtigten Behörden fällt der Verwaltung zu.

„Das im Abs. 1 bezeichnete Prozeßgericht ist nicht nothwendig das Prozeßgericht erster Instanz — §. 95 Abs. 2, 635 ꝛc. — sondern das Gericht, bei welchem zur Zeit des Gesuchs der Prozeß anhängig ist."

1) Dem §. 106 des Entwurfs fehlte der dritte Absatz des §. 109. Derselbe wurde auf Antrag des Abg. Struckmann in Konsequenz seines Antrags zu §. 103 des Entw. (s. o. §. 106) von der Kommission beschlossen. (Komm.-Prot. S. 42.)

2) Wenn die Motive das „Prozeßgericht" als das Gericht bezeichnen, bei welchem zur Zeit des Gesuches der Prozeß anhängig ist, so trifft dieß nicht ganz zu. Denn wenn im Anwaltsprozeß der Kläger zum Armenrecht vor Erhebung der Klage zugelassen wird, so ist der Prozeß noch nicht anhängig (cf. §. 235). Es dürfte aber wohl kein Zweifel sein, daß in solchem Falle dasjenige Gericht zu entscheiden hat, bei welchem die Klage erhoben werden soll (vgl. §. 175 des Nordd. Entw.).

3) Die Beibringung des obrigkeitlichen Zeugnisses und die ausdrückliche Bestätigung in demselben, daß der Gesuchsteller die Prozeßkosten zu bestreiten nicht vermöge, sind unerläßliche Bedingungen für die gewährende Verbescheidung des Gesuchs. Im Uebrigen ist das entscheidende Gericht nicht an die Ansicht der bezeugenden Behörde bezüglich der Dürftigkeitsfrage gebunden.

4) Ueber den Umfang der Darlegung des Streitverhältnisses, welche nach Abs. 3 in dem Gesuche enthalten sein muß, schweigt das Gesetz. Es entsteht demnach in der Praxis die Gefahr, daß sich das prüfende Gericht zu tief in materialia causae einlasse. Deßhalb soll eine eingehende Darlegung des Streitverhältnisses vermieden werden.

Von Amtswegen darf ohnehin das Gericht vor Erlassung seines Beschlusses über das Gesuch nur insoweit thätig werden, als es Aufklärung über Unklares, Ergänzung von Fehlendem einfordert. Bayern (CPO. Art. 136) verlangt Vorlage der auf den Gegenstand bezüglichen Aktenstücke und sonstigen Behelfe. Soviel muß man zum Wenigsten unter der „Darlegung" des Abs. 3 begreifen.

---

§. 110. (§. 107 des Entw.)

Die Bewilligung des Armenrechts erfolgt für jede Instanz besonders, für die erste Instanz einschließlich der Zwangsvollstreckung.

In der höheren Instanz bedarf es des Nachweises des Unvermögens nicht, wenn das Armenrecht in der vorherigen Instanz bewilligt war. Hat der Gegner das Rechtsmittel eingelegt, so ist in der höheren Instanz nicht zu prüfen, ob die Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung der Partei muthwillig oder aussichtslos erscheint.

1) Im Entwurfe lautete §. 107:
„Die Bewilligung des Armenrechts erfolgt für den ganzen Rechtsstreit einschließlich der Zwangsvollstreckung."

Hiezu führten die Motive aus: „Der §. 107 drückt aus, daß die

Bewilligung des Armenrechts nur für den einzelnen Rechtsstreit erfolgt, dann aber für den ganzen Rechtsstreit einschließlich der Zwangsvollstreckung. Die Beschränkung der Wirkung des Armenrechts auf die betreffende Instanz in anderen Gesetzgebungen ist eine Folge der als Vorbedingung der Bewilligung vorgeschriebenen Prüfung der Nothwendigkeit des Rechtsmittels und fällt daher mit der Beseitigung jener Bedingung hinweg. Es wird dadurch eine Reihe kasuistischer Bestimmungen über die Neubewilligung des Armenrechts für die höheren Instanzen, je nachdem die arme Partei oder der Prozeßgegner das Rechtsmittel eingelegt haben, entbehrlich und die für den Prozeßbetrieb störende wiederholte Entscheidung über das Armenrecht abgeschnitten."

Diese Motive treffen auf den §. 110, welcher nach Antrag des Abg. Struckmann in der Justizkommission seine Fassung erhielt, nicht mehr ganz zu, da dieser Paragraph ein dem §. 107 des Entw. entgegengesetztes Prinzip an die Spitze stellt.

2) Nach §. 110 ist die Bewilligung des Armenrechts für jede Instanz besonders nachzusuchen. Auch erfolgt vor jedem Instanzgericht darüber besondere Entscheidung. Für das Rechtsmittel der Beschwerde kann das Gesuch wohl auch bei dem Gerichte angebracht und verbeschieden werden, gegen welches die Beschwerde erhoben ist. (Arg. §. 109 Abs. 1 und Motive hiezu im Zusammenhalte mit §. 532 Abs. 1). Die Erstreckung des Armenrechts für die erste Instanz auf die Zwangsvollstreckung bleibt natürlich bestehen, auch wenn Rechtsmittel eingelegt wurden und erst nach deren Erledigung die Zwangsvollstreckung eingeleitet oder fortgesetzt wird.

Handlungen vor dem beauftragten Richter oder dem ersuchten (auswärtigen) Gerichte gehören zum Verfahren vor der Instanz und unterliegen darum dem für diese ertheilten Armenrechte.

3) Für das Armenrecht in einer Rechtsmittelinstanz fällt die Nothwendigkeit des Mittellosigkeitsnachweises hinweg, wenn dieselbe durch Ertheilung des Armenrechts in der vorherigen Instanz bereits konstatirt war. Dagegen ist die Prüfung dieser Mittellosigkeit Seitens des Gerichtes nicht ausgeschlossen und so die Abweisung des Gesuches zulässig nicht blos wegen Prozeßmuthwillens oder Aussichtslosigkeit, sondern auch wegen Mangels der Mittellosigkeit. (A. M. L. Seuffert, Commentar zu §. 110 Nr 3.)

Anderseits dürfen der Prozeßmuthwille oder die Aussichtslosigkeit in der Rechtsmittelinstanz nicht mehr untersucht werden, sobald das Rechtsmittel von dem Gegner der anderen Partei eingelegt ist. Dabei ist gleichgiltig, ob die arme Partei schon in der Vorinstanz zum Armenrecht zugelassen war oder nicht.

Die Anschließung der armen Partei an das Rechtsmittel des Gegners ändert hieran nichts.

4) Erfolgt die Zulassung zum Armenrechte erst in der Rechtsmittelinstanz, so gilt sie nicht für die Zwangsvollstreckung. In solchem Falle muß das Armenrecht für diese beim Gerichte der ersten Instanz nachgesucht werden (§. 163).

Ergibt sich im Laufe der Zwangsvollstreckung ein Rechtsstreit (§. 690), so ist das Armenrecht hiefür bei dem betr. Gerichte nachzusuchen. (§. 109 Abs. 1). A. M. Puchelt, Commentar Bd. I S. 358 Nr. 2.

Nach Art. 135 Abs. 2 der bayr. CPO. war das Armenrecht bei Vollstreckungen stets von dem Vollstreckungsgerichte zu ertheilen. Im Uebr. vgl. Art. 135 Abs. 1 u. Art. 141 der bayr. CPO.

---

§. 111. (§. 107a der Kommissionsvorlage.)

Die Bewilligung des Armenrechts für den Kläger, den Berufungskläger und den Revisionskläger hat zugleich für den Gegner die einstweilige Befreiung von den im §. 107 Nr. 1 bezeichneten Kosten zur Folge.

1) Zweck des durch die Justizkommission eingesetzten Paragraphen ist der, das Armenrecht relativ unschädlich zu machen (Komm.-Prot. S. 42 vgl. oben zu §. 107 Nr. 1). Dieser Zweck wird erreicht, indem bei frivoler Prozeßführung der armen Partei dem Gegner derselben geringere Auslagen erwachsen. Anderseits wird aber auch der armen Partei selbst hiedurch für den Fall ihres Unterliegens eine neue Wohlthat gewährt, da sie dem Gegner weniger Auslagen zu ersetzen hat.

2) Nur dann tritt §. 111 in Wirksamkeit, wenn die arme Partei Kläger, Berufungskläger oder Revisionskläger ist. Also nicht zuvörderst in dem Falle, wo die arme Partei von dem Rechtsmittel der Beschwerde Gebrauch macht; ferner nicht da, wo die arme Partei Widerklage erhebt oder sich einem Rechtsmittel des Gegners anschließt. Wohl aber wiederum, wenn beide Parteien selbstständig Rechtsmittel ergreifen, wohin auch die innerhalb der Rechtsmittelfrist erklärte Anschließung zu rechnen ist (§§. 483 Abs. 2; 518). In diesen Fällen greift die Begünstigung des §. 111 insoweit Platz, als der Gegner der armen Partei als der angegriffene Theil erscheint. Die Kosten des eigenen Rechtsmittels hat dagegen derselbe vollständig zu tragen.

3) Die Gebührenbefreiung des Gegners der armen Partei umfaßt auch das durch deren Widerklage oder Anschließung veranlaßte Verfahren, soferne die Anschließung nicht unter §. 483 Abs. 2 fällt.

4) Die Befreiung nach §. 111 hört auf im Falle des §. 114 Abs. 2 sowie in dem Momente, wo das Armenrecht aufhört (§§. 112, 113, vgl. noch §. 116 Abs. 2).

---

§. 112. (§. 108 des Entw.)

Das Armenrecht kann zu jeder Zeit entzogen werden, wenn sich ergiebt, daß eine Voraussetzung der Bewilligung nicht vorhanden war oder nicht mehr vorhanden ist.

§. 113. (§. 109 des Entw.)

Das Armenrecht erlischt mit dem Tode der Person, welcher es bewilligt ist.

Motive: „Die höheren Gerichte sind gleich dem Instanzgerichte, welches im konkreten Falle das Armenrecht bewilligt hat, durch §. 108 berechtigt, das Armenrecht zu jeder Zeit zurückzunehmen, wenn sich ergibt, daß die Voraussetzung der Bewilligung überhaupt nicht vorhanden war oder nicht mehr vorhanden ist."

1) Die Voraussetzungen der Bewilligung des Armenrechts sind verschieden, je nachdem es sich um dessen Ertheilung in erster Instanz oder in einer Rechtsmittelinstanz handelt. Letzteren Falls darf unter der Voraussetzung des §. 110 Abs. 2 die Vertretbarkeit der Sache nicht geprüft werden, sie bildet demnach auch keine Voraussetzung der Bewilligung. Deßhalb dürfte die Rechtsmittelinstanz dem Armen das Armenrecht auch dann nicht entziehen, wenn sie die Ueberzeugung von der Aussichtslosigkeit oder Frivolität seiner Sache im Laufe des Verfahrens erlangte.

Wo aber eine Voraussetzung der Bewilligung wegfällt oder sich deren Nichtexistenz herausstellt, da kann das Armenrecht von Amtswegen entzogen werden.

2) Die Wirkung der Entziehung des Armenrechts besteht im Wegfall der Wirkungen seiner Bewilligung vom Momente der Entziehung an. Dieser Moment wird fixirt durch die Verkündung resp. Zustellung (cf. §. 117 mit §. 294) des Entziehungsbeschlusses. Die dagegen eingelegte Beschwerde (§. 118) hat keine aufschiebende Wirkung (§. 535 Abs. 1). Von einer Rechtskraft dieses Beschlusses kann keine Rede sein, da die Beschwerde an keine Frist gebunden ist. Die vor der Entziehung eingetretene Wirkung des Armenrechts bleibt bestehen d. h. der Entziehungsbeschluß hat nicht rückwirkende Kraft.

3) Der Erbe der armen Partei, welcher den Prozeß aufnimmt

(§§. 217 ff.) und in dessen Person die Voraussetzungen des §. 106 vorliegen, kann selbständigen Anspruch auf Bewilligung des Armenrechts erheben. Tritt der Todesfall der armen Partei in der Rechtsmittelinstanz ein und liegen die Voraussetzungen des §. 110 Abs. 2 vor, so hat der arme Erbe der armen Partei Anspruch auf Bewilligung des Armenrechts mit derselben Erleichterung, welche dem Erblasser zu Gute kam, d. h. es darf auch jenem gegenüber nicht untersucht werden, ob die Sache muthwillig oder aussichtslos sei.

---

§. 114. (§. 110 des Entw.)

Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung die arme Partei einstweilen befreit ist, können von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner nach Maßgabe der für die Beitreibung rückständiger Gerichtskosten geltenden Vorschriften eingezogen werden.

Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung der Gegner der armen Partei einstweilen befreit ist, sind von demselben einzuziehen, soweit er in die Prozeßkosten verurtheilt oder der Rechtsstreit ohne Urtheil über die Kosten beendigt ist.

1) Im Regierungsentwurfe fehlte der zweite Absatz dieses Paragraphen. Derselbe wurde durch die Kommission als Konsequenz aus §. 111 aufgenommen, jedoch ursprünglich ohne den letzten Satz: „oder — beendigt ist." — Dieser Satz wurde auf Wunsch der verbündeten Regierungen beigefügt. Abg. Becker führte hierüber in zweiter Lesung der Kommission aus, es solle durch den Zusatz erreicht werden, daß der Gegner der armen Partei, der einstweilen von den Kosten befreit sei, die Staatskasse nicht dadurch benachtheiligen könne, daß er sich unter der Hand mit der armen Partei vergleiche und den Prozeß liegen lasse. Thue er das Letztere, so solle er die ihn treffenden Kosten bezahlen.

Abg. Reichensperger äußerte Bedenken, daß gegen den Gegner der armen Partei ein Zwang zur Durchführung eines Prozesses ohne Noth ausgeübt werden würde.

Abg. Struckmann bezeichnete dieses Bedenken als unbegründet. Die reiche Partei werde aufgefordert werden, nachzuweisen, daß der Prozeß weiter fortgeführt werde, bezw. sich darüber zu erklären, ob er weiter geführt werden solle. Erkläre sie, daß der Prozeß liegen bleiben solle, so trete die Bestimmung in Kraft. (Komm.-Prot. S. 524.)

Diese letztere Ausführung des Abg. Struckmann trifft jedoch nicht zu; denn das Gesetz spricht ausdrücklich von Beendigung des Prozesses

ohne Kostenurtheil. Als beendigt kann der liegengebliebene Prozeß nicht gelten. (A. M. Lothar-Seuffert, Commentar §. 114 Nr. 2 und Struckmann-Koch, Commentar §. 114 Nr. 2. Beide ohne Begründung.)

2) Ist der Prozeßgegner der armen Partei zur Tragung der Kosten verurtheilt, so sind nicht blos die demselben etwa nach §. 111 gestundeten sondern auch die der armen Partei einstweilen erlassenen Gerichtskosten von dem Unterliegenden beizutreiben.

Ueber die in Abs. 1 vorgesehene Art der Beitreibung wird die Gebührenordnung zu entscheiden haben.

3) Erfolgt nur eine theilweise Verurtheilung in die Kosten, so kann auch nur in dem durch Urtheil begränzten Umfang eine Beitreibung von dem Gegner der armen Partei geschehen. — Vgl. zu diesem §. den Art. 144 der bayr. CPO. —

---

§. 115. (§. 111 des Entw.)

Die für die arme Partei bestellten Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte sind berechtigt, ihre Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner beizutreiben.

Eine Einrede aus der Person der armen Partei ist nur insoweit zulässig, als die Aufrechnung von Kosten verlangt wird, welche nach der in demselben Rechtsstreite über die Kosten erlassenen Entscheidung von der armen Partei zu erstatten sind.

Motive: „Zur Sicherung der den Armen bestellten Gerichtsvollzieher und Anwälte sind dieselben ohne Cession zur unmittelbaren Einziehung der Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner mit der im Abs. 2 ausgedrückten nothwendigen Beschränkung für berechtigt erklärt. Gleiches bestimmen Hannover §. 64 Abs. 2, Braunschweig §. 147, Württemberg Art. 170, preuß. Entw. §. 132, hannov. Entw. §. 90, nordd. Entw. §. 180 und Bayern Art. 144."

1) Ueber die Art der Beitreibung nach Abs. 1 s. oben zu §. 34 S. 151 Nr. 2 Abs. 3. Die Bayerische CPO. A. 144 schrieb eine besondere Ermächtigung der Anwälte und Gerichtsvollzieher sowie des Fiskus in einem Urtheilszusatze vor. Nach §. 115 Abs. 1 genügt die Thatsache des Obsiegens der armen Partei. Doch steht das Recht des Abs. 1 nur den im Armenrechte bestellten (§. 107 Ziff. 3) Gerichtsvollziehern und Anwälten zu. Darum steht es denjenigen nicht zu, welche freiwillig die Geschäfte für die arme Partei übernehmen, insbesondere also nicht den Anwälten, welche im amtsgerichtlichen Prozesse eine arme Partei vertreten.

Der Umstand, daß die Gegenpartei selbst zum Armenrechte zugelassen war, steht der Anwendbarkeit des Abs. 1 nicht im Wege. (Arg. §. 108 vgl. Wernz, Commentar zur bayr. CPO. S. 158 Nr. 3.)

2) Die Natur des Rechtes, welches Abs. 1 gewährt, ist die eines von der armen Partei abgeleiteten Anspruchs. Es liegt eine cessio necessaria vor, resp. eine cessio legis, die durch die arme Partei nicht mehr vereitelt werden kann, sobald ihr Gegner verurtheilt ist. Aber diese Cession kraft Gesetzes unterscheidet sich wesentlich von anderen Cessionen gleicher Art dadurch, daß dem Cessionar nur die in Abs. 2 bezeichneten Einreden entgegenstehen. Z. B. die arme Partei wird in die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffsmittels (§. 91) verurtheilt; im Uebrigen siegt sie. Hier können die Kosten dieses Angriffsmittels mit der Kostenforderung des Armenanwalts compensirt werden. Ein Antrag des Abg. Dr. Grimm in der Justizkommission, den Abs. 2 so zu fassen: „Eine Einrede aus der Person der Armenpartei ist nicht zulässig" wurde zurückgezogen. (Komm.-Prot. S. 42.)

Eine dem Art. 112 der bayr. CPO. entsprechende, den Anwalt für seine Kosten sichernde Bestimmung kennt die CPO. nicht, obwohl dieselbe in den Fällen, wo ein Anwalt freiwillig sich der armen Partei angenommen hat, zweifellos sehr zweckmäßig wäre.

---

§. 116. (§. 112 des Entw.)

Die zum Armenrechte zugelassene Partei ist zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung sie einstweilen befreit war, verpflichtet, sobald sie ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie nothwendigen Unterhalts dazu im Stande ist.

Dasselbe gilt in Betreff derjenigen Beträge, von deren Berichtigung der Gegner einstweilen befreit war, soweit die arme Partei in die Prozeßkosten verurtheilt ist.

Motive: „Die nothwendige Ergänzung des §. 104 bildet die mittelst §. 112 ausgedrückte Pflicht der zum Armenrechte zugelassenen Partei, die gestundeten Beträge nachzuzahlen, sobald sie im Sinne des §. 104 nicht mehr arm ist."

1) Den zweiten Absatz erhielt §. 116 erst durch Beschluß der Redaktionskommission in Konsequenz des §. 111 und §. 114 Abs. 2. (Komm.-Prot. S. 524.)

2) Die Entziehung des Armenrechts als solche verpflichtet nicht zur

Nachzahlung (vgl. oben zu §§. 112, 113 Nr. 2); nur in Verbindung mit dem Nachweise, daß die Armenpartei zu den in Abs. 1 bezeichneten besseren Vermögensverhältnissen gelangt ist, kann sie diese Wirkung haben.

3) Die Pflicht zur Nachzahlung hängt nicht davon ab, daß die arme Partei unterlegen sei. Auch wenn der Prozeß durch Vergleich oder Klagsabstand erledigt oder liegen geblieben ist, ja sogar in dem Falle, wo der Gegner der Armenpartei unterlegen ist, die Vollstreckung gegen ihn aber wegen Insolvenz erfolglos bleibt, kann die Pflicht der zu Vermögen gelangten Armenpartei, die Gerichtskosten nachzuzahlen, eintreten.

4) Ueber die Verpflichtung zur Nachzahlung ist gemäß §. 117 zu entscheiden und zwar entweder auf Antrag oder von Amtswegen. Der Antrag wird von der zuständigen Finanzbehörde auszugehen haben, wo es sich um die Gerichtskosten handelt.

Aber auch der Gerichtsvollzieher und Anwalt, welche im Armenrecht beigeordnet sind, können nach der Fassung des §. 116 im Zusammenhalte mit dem Worte „vorläufig" in §. 107 Ziff. 3 nachträglich zur Kostenforderung gegen ihre Partei berechtigt erscheinen.

Die Entscheidung über die Nachzahlungspflicht kann im Laufe des Prozesses nach und mit Entziehung des Armenrechts, wie auch nach beendigtem Prozesse getroffen werden.

Der Anspruch auf Nachzahlung ist wie die Pflicht hiezu vererblich.

---

§. 117. (§. 113 des Entw.)

Ueber das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts, über die Entziehung desselben und über die Verpflichtung zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung die zum Armenrechte zugelassene Partei oder der Gegner einstweilen befreit ist, kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

§. 118. (§. 114 des Entw.)

Gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht bewilligt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht verweigert oder entzogen oder die Nachzahlung von Kosten angeordnet wird, findet die Beschwerde statt.

Motive zu §. 114 des Entw.: „Daß der §. 114 gegen den Beschluß auf Bewilligung des Armenrechts kein Rechtsmittel gibt, ist sachlich begründet, weil nach Inhalt der §§. 105, 111 der Gegner ein Interesse zur Erhebung einer solchen Beschwerde nicht hat. Dagegen ist es (vgl.

Hannover §. 63, Württemberg Art. 165, preuß. Entw. §§. 127, 128, hannov. Entw. §. 88, nordd. Entw. §. 815 Nr. 10) für geboten erachtet, gegen die Beschlüsse, welche das Armenrecht versagen, entziehen oder die Nachzahlung der Kosten anordnen, die Beschwerde zu gestatten."

1) Wo, wie dieß in der Regel der Fall sein wird, die Beschlüsse nach §. 117 ohne vorgängige mündliche Verhandlung gefaßt werden, findet auf dieselben §. 294 Abs. 3, andernfalls §. 294 Abs. 1 u. 2 Anwendung.

2) Die gegen Verweigerung des Armenrechts und Verurtheilung zur Nachzahlung gerichtete Beschwerde kann vor der Entscheidung des Beschwerdegerichts gemäß §. 534 durch Zurücknahme des betreffenden Beschlusses erledigt werden.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§. 535 Abs. 2). Dieß ist insbesondere für den Beschluß, welcher die Verpflichtung zur Nachzahlung feststellt, von Bedeutung.

Dritter Abschnitt.

Verfahren.

Motive: „Die Vorschriften des dritten Abschnitts beschäftigen sich mit der mündlichen Verhandlung, mit den Zustellungen, mit den Ladungen, Fristen und Terminen, mit den Folgen der Versäumung und mit der Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

„Die Bestimmungen über die Oeffentlichkeit der Sitzungen, die Sitzungspolizei, die Gerichtssprache und die Verhandlung mit tauben, stummen und taubstummen, sowie mit der Gerichtssprache nicht mächtigen Personen sind wegen ihrer Gemeinsamkeit mit dem Strafverfahren ausgeschieden und dem Gerichtsverfassungsgesetze überwiesen (vgl. Gerichtsverfassungsgesetz §§. 139 —157) [1]).

„Der Entwurf hat eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei der Verhandlung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten — von den Ehe- und Entmündigungssachen abgesehen — nicht vorgeschrieben.

„In den deutschen Gebieten, in welchen französisches Recht gilt, wird der Wirksamkeit der Staatsanwaltschaft in der Civilrechtspflege ein hoher

---

[1]) Nunmehr §§. 170—193.

Werth beigelegt und die Staatsanwaltschaft als ein nothwendiger Faktor auch für diesen Zweig der Rechtspflege betrachtet. Nicht so günstig lauten die Urtheile in denjenigen deutschen Gebieten, in denen dieselbe nach dem Muster des französischen Rechts während der letzten Decennien unter Beilegung größerer oder geringerer Funktionen in den Civilprozeß eingeschoben worden ist; in keinem dieser Gebiete — weder in der Provinz Hannover, noch in Bayern, noch in Braunschweig — ist es der Staatsanwaltschaft gelungen, eine bedeutsame, ersprießliche Thätigkeit im Civilprozeßverfahren zu entwickeln [2]).

„Von den neueren Entwürfen räumen der preußische (vgl. §§. 276, 673, 674, 854, 855, 866, 878, 882—885, 887—889, 121) und der hannoversche (§§. 2, 26, 32, 41, 47, 92, 93, 129, 156, 173) Entwurf der Staatsanwaltschaft nur einen beschränkten Wirkungskreis ein — der erstere hält indessen die in den einzelnen Rechtsgebieten bereits bestehenden Befugnisse aufrecht, während der letztere zu Gunsten der Landesgesetze einen weitreichenden Vorbehalt macht. Der nordd. Entwurf geht über seine beiden Vorgänger hinaus: er beseitigt die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in denselben Grenzen, wie der Entwurf.

„Die Einführung der Staatsanwaltschaft in den Civilprozeß nach französischem Vorbilde hat in Deutschland den entschiedensten Widerspruch erfahren. Die Resolution des dritten deutschen Juristentages:

„1) Es ist nicht zweckmäßig, der Staatsanwaltschaft das Recht oder die Verpflichtung zu geben, in Civilprozessen — sei es in allen oder einzelnen derselben oder bei bestimmten Inzidentverhandlungen — ihre Ansicht über die verhandelte Sache und die abzugebende Entscheidung zu entwickeln;

2) ebenso ist eine Nichtigkeitsbeschwerde im Interesse des Gesetzes nicht zu empfehlen";

hat in allen Kreisen des deutschen Juristenstandes ungetheilten Beifall gefunden.

„Der Schwerpunkt der Thätigkeit der Staatsanwaltschaft im Civilprozeßverfahren nach französischem Rechte liegt in der Ausübung der sub 1 und 2 gedachten Funktionen; das Auftreten der Staatsanwaltschaft als partie principale ist nebensächlicher Natur, im Prinzip auch von dem fünften deutschen Juristentage als zulässig anerkannt.

„Bei dieser Sachlage war für eine auf ganz Deutschland berechnete Ci-

---

[2]) Gegentheilige Meinung und Begründung derselben s. bei Wernz, Kommentar zur bayer. CPO. S. 170 f.

vilprozeßordnung die Entscheidung ohne Weiteres gegeben. Von einer Mitwirkung der Staatsanwaltschaft war Umgang zu nehmen, dieselbe konnte weder als partie jointe zugelassen, noch mit der Befugniß zur Einlegung der Revision im Interesse des Gesetzes ausgestattet werden, nur in Ehe- und Entmündigungssachen durfte der Entwurf auf die Theilnahme derselben rekurriren. Hiernach erscheint es nicht geboten, die Gründe, welche für und gegen die Einführung der Staatsanwaltschaft nach französischem Muster geltend gemacht werden, einer erneuten Prüfung zu unterziehen und von Neuem den Nachweis zu führen, daß eine ausgedehntere Mitwirkung der Staatsanwaltschaft im Civilprozeßverfahren, als sie der Entwurf gestattet, mindestens überflüssig ist, um dem Deutschen Reiche eine geordnete, allen Anforderungen entsprechende Rechtspflege zu erhalten (vgl. Mot. zu den Entwürfen für Preußen S. 59, 60, für Württemberg S. 113, für Bayern S. 565 ff. und für Sachsen S. 477 ff. Planck, kritische Vierteljahrsschrift IV S. 270 ff., österr. Denkschrift S. 52 ff., hannov. Prot. I, 152 —168, 176—192, XIV 5035—5052. Verhandl. der Kammer der bayerischen Abgeordneten 1863/1865 Beilagen-Bd. III Abth. 1 S. 200—233, Abth. 4 S. 28—35, 312—318, sowie der Kammer der bayerischen Reichsräthe 1863/1867 I S. 296—319, IV. S. 23—25. Verhandlungen des deutschen Juristentages — des dritten Bd. II S. 449 ff., 95 ff. und des fünften Bd. II S. 217 ff., 73 ff. Keller, die Staatsanwaltschaft in Deutschland S. 219 ff.).

„Daß der Entwurf von der Verhandlungsmaxime ausgeht, ergibt sich aus der Structur des Verfahrens und aus zahlreichen Einzelbestimmungen. Andererseits hat der Entwurf Sorge getragen, insbesondere durch ein ausgedehntes und scharf durchgeführtes richterliches Prozeßleitungsamt für die mündliche Verhandlung in der Gerichtssitzung, daß die Verhandlungsmaxime eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Begrenzung erhält und einer Ausartung derselben, wie sie auf dem Gebiete des gemeinen Prozeßrechts hervorgetreten ist, vorgebeugt wird. Eine Bestimmung, wie sie der hannov. Entw. §. 115 (vergl. auch die Entwürfe für Hessen Art. 174 und Oesterreich §. 113) an die Spitze der allgemeinen Vorschriften über das Verfahren stellt:

> „die Gerichte handeln nur auf Antrag der Parteien, sofern sich nicht aus den Vorschriften dieses Gesetzes ein Anderes ergibt";

ist in Uebereinstimmung mit dem preußischen und norddeutschen Entwurf vermieden, weil sie selbst im Falle spezialisirender Zusätze nach dem Vorbilde der württemb. Prozeßordn. Art. 175:

> „Hiernach sind die Gerichte nicht befugt, über die Anträge der Parteien hinauszugehen, Einreden, Gegeneinreden, Beweismittel,

welche eine Partei nicht geltend gemacht hat, zu ergänzen und thatsächliche Verhältnisse, welche aus den Verhandlungen des Rechtsstreits nicht hervorgehen, bei der Entscheidung zu berücksichtigen"; nur eine doktrinäre Bedeutung beanspruchen kann (Mot. z. preuß. Entw. S. 56, 57, hannov. Prot. S. 354, 4471, 4993, 5899, 6636, 6640, nordd. Prot. I S. 265)."

Erster Titel.

Mündliche Verhandlung.

Motive: „Die Ausführungen der allgemeinen Begründung (§§. 3 und 4) über das Wesen der Mündlichkeit, über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, über den Charakter und den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze bilden die Grundlage der §§. 115—122.

„Eine besondere Begründung bedürfen daher nur einzelne in diesen Paragraphen getroffene Bestimmungen."

---

§. 119. (§. 115 des Entw.)

Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte ist eine mündliche.

Motive: „Dem Vorgange des hannov. Entw. §§. 131, 132, der württemb. Prozeßordn. Art. 196, 197, der Entwürfe für Sachsen §§. 374, 375, Oesterreich §§. 139, 144 und Hessen Art. 193 folgend, hat der nordd. Entw. §§. 303, 304 zwei der wichtigsten Konsequenzen des Grundsatzes der Mündlichkeit ausdrücklich ausgesprochen. Der §. 303 bestimmt:

„Die mündliche Verhandlung bildet die ausschließliche Grundlage für die richterliche Entscheidung;"

während der §. 304 vorschreibt:

„Alle Prozeßhandlungen, welche eine Partei während einer mündlichen Verhandlung bis zum Schlusse derselben vornimmt, sind als ein Ganzes anzusehen; alles bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte gilt als rechtzeitig vorgebracht."

„Weshalb der Entwurf diese Bestimmungen nicht aufgenommen hat, ist in der allgemeinen Begründung §§. 4, 6 dargelegt."

1) Die Mündlichkeit oder Unmittelbarkeit der Verhandlung ist nach dem Prinzip der neueren Gesetzgebung stets mit der Oeffentlichkeit vereint. Ueber diese wie über die Gerichtssprache entscheidet in Zukunft das Ge-

richtsverfassungsgesetz in seinem vierzehnten und fünfzehnten Titel, die deßhalb auch hier eingehendere Betrachtung erheischen:

Vierzehnter Titel des GVG.

Oeffentlichkeit und Sitzungspolizei.

§. 170.

Die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, einschließlich der Verkündung der Urtheile und Beschlüsse desselben, erfolgt öffentlich.

Nur die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, d. i. in der Sitzung desselben erfolgt öffentlich, d. h. Jedermann aus dem Publikum hat zu den Gerichtssälen Zutritt, in welchen die Gerichte Recht sprechen. Dagegen ist diese Oeffentlichkeit nicht ausgedehnt auf die außerhalb der Sitzungen der erkennenden Gerichte stattfindenden Verhandlungen. (Motive zum GVG. S. 197 zu §. 139 des Entw.)

§. 171.

In Ehesachen ist die Oeffentlichkeit auszuschließen, wenn eine der Parteien es beantragt.

Der Regierungsentwurf (§. 140, Motive hiezu S. 198) verlangt den unbedingten Ausschluß der Oeffentlichkeit in Ehesachen mit Rücksicht auf die dem noch bestehenden Ehebande schuldige Pietät. Die Justizkommission hielt jedoch auch hier das Prinzip der Oeffentlichkeit aufrecht und macht den Ausschluß derselben dem Gerichte nur auf Antrag einer Partei zur Pflicht. (Komm.-Prot. zum GVG. S. 19—28 u. 683.)

§. 172.

In dem auf die Klage wegen Anfechtung oder Wiederaufhebung der Entmündigung einer Person wegen Geisteskrankheit eingeleiteten Verfahren (§§. 605, 620 der Civilprozeßordnung) ist die Oeffentlichkeit während der Vernehmung des Entmündigten auszuschließen, auch kann auf Antrag einer der Parteien die Oeffentlichkeit der Verhandlung überhaupt ausgeschlossen werden.

Das Verfahren wegen Entmündigung oder Wiederaufhebung der Entmündigung (§§. 593—604, 616—619 der Civilprozeßordnung) ist nicht öffentlich.

Ueber den Ausschluß der Oeffentlichkeit in Entmündigungssachen enthielt der Regierungsentwurf keinerlei Bestimmung. Die Justizkommission stellte im Anschluß an die von ihr beschlossenen Aenderungen des Entwurfs einer CPO. in Bezug auf das Entmündigungsverfahren (§§. a—ii der Commissionsvorlage zum Entw. der CPO. in Buch VI Abschnitt 2) in den Entwurf des GVG. als §. 140a den jetzigen §. 172 ein. Demnach ist zu unterscheiden:

a) das Verfahren, welches sich ergibt in Folge einer Klage auf An-

fechtung oder Wiederaufhebung der Entmündigung einer Person wegen Geisteskrankheit. (§§. 605, 620 der CPO.) Hier ist der Ausschluß der Oeffentlichkeit obligatorisch während der Vernehmung des Entmündigten, fakultativ und jedenfalls von dem Antrag der Parteien abhängig der Ausschluß der Oeffentlichkeit überhaupt;

b) das Verfahren wegen Entmündigung oder Wiederaufhebung der Entmündigung, welches nicht in Form eines Rechtsstreits abläuft. Hier ist der Ausschluß der Oeffentlichkeit durchweg obligatorisch. Es ist hier auch gleichgiltig, ob die Entmündigung oder deren Wiederaufhebung sich auf einen Geisteskranken oder auf einen Verschwender (§. 621 der CPO.) bezieht, während das Verfahren in Folge der Klage eines wegen Verschwendung Entmündigten auf Anfechtung oder Wiederaufhebung durchweg öffentlich ist, also den Vorschriften des §. 172 nicht unterliegt.

§. 173.

In allen Sachen kann durch das Gericht für die Verhandlung oder für einen Theil derselben die Oeffentlichkeit ausgeschlossen werden, wenn sie eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit besorgen läßt.

Das Gericht kann unter der in dem Paragraphen angegebenen Voraussetzung die Oeffentlichkeit ganz oder zum Theil ausschließen und zwar ohne Rücksicht auf den Charakter der Sache, welche verhandelt wird.

Den Parteien ist dagegen grundsätzlich ein Recht, die Oeffentlichkeit durch Vereinbarung auszuschließen, nicht zuerkannt, weil der Grundsatz des §. 170 dem öffentlichen Rechte angehört. (Vgl. Motive zu §. 140 des Entw. z. GVG. u. Komm.-Prot. hiezu S. 19—28.)

§. 174.

Die Verkündung des Urtheils erfolgt in jedem Falle öffentlich.

Die Bestimmung findet sich nicht in dem Regierungsentwurfe. Diesem zufolge sollte sich vielmehr die nach §. 173 dem Gerichte zustehende Befugniß auch auf die Verkündung des Urtheils erstrecken. Auf Antrag des Abg. Reichensperger fand jedoch dieser Paragraph in der Kommissionsvorlage Annahme. — Ueber die für und gegen geltend gemachten Gründe s. Komm.-Prot. z. GVG. S. 19; S. 27, 28, 681—683. Bei der Diskussion hierüber wurde u. A. Seitens der Regierungen hervorgehoben: „Wenn in §. 139 des Entw. (jetzt §. 170) bestimmt werde, daß die Verhandlung einschließlich der Verkündung der Urtheile und Beschlüsse eine öffentliche sei, sodann nach §. 140c (jetzt §. 174) die Verkündung der Urtheile in allen Fällen öffentlich erfolgen solle, nach §. 140b (jetzt §. 173) aber für die Verhandlung die Beschränkung der Oeffentlichkeit zugelassen werde, so fehle es an einer ausdrücklichen Bestimmung darüber, ob auch für die Ver-

kündung der Beschlüsse die Oeffentlichkeit ausgeschlossen werden dürfe. Aus §. 139 (170) gegenüber §. 140b (173) könnte gefolgert werden, daß auch die Beschlüsse nur öffentlich verkündet werden dürfen."

Daraufhin beschloß die Kommission, diesen Paragraphen durch eine Konstatirung zu Protokoll dahin zu erläutern:

„daß es ihre Absicht nicht sei, durch den §. 140c (174) dem Gerichte die Möglichkeit zu entziehen, die Oeffentlichkeit bei Verkündung der Beschlüsse zu beschränken." (Prot. S. 682, 683.)

§. 175.

Ueber die Ausschließung der Oeffentlichkeit wird in nicht öffentlicher Sitzung verhandelt.

Der Beschluß, welcher die Oeffentlichkeit ausschließt, muß öffentlich verkündet werden.

Abs. 2 dieses Paragraphen enthält eine Ausnahme von §. 173 und der zu Ende des vorigen Paragraphen mitgetheilten authentischen Interpretation.

§. 176.

Der Zutritt zu öffentlichen Verhandlungen kann unerwachsenen und solchen Personen versagt werden, welche sich nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befinden, oder welche in einer der Würde des Gerichts nicht entsprechenden Weise erscheinen.

Zu nicht öffentlichen Verhandlungen kann der Zutritt einzelnen Personen von dem Vorsitzenden gestattet werden.

Zu diesem Paragraphen (§. 142 des Entw.) lagen in der Justizkommission zwei Anträge vor:

1) der des Abg. Dr. Bähr, als Zusatz zu Abs. 2 beizufügen:

„in den Fällen des §. 140 Abs. 2 (jetzt §. 171) jedoch nur mit Zustimmung der Parteien"

2) der des Abg. Dr. Grimm, dem Abs. 2 folgenden Satz beizufügen.

„Den bei dem Gerichte angestellten Richtern und zugelassenen Anwälten, desgleichen in Schwurgerichtssachen den nicht ausgeloosten Geschworenen, steht der Zutritt stets offen."

Beide Anträge wurden von der Kommission abgelehnt, obwohl von dem Abg. Dr. v. Schwarze darauf hingewiesen wurde, wie unpassend es sei, die Geschworenen, Richter und Anwälte zu zwingen, sich erst eine Erlaubniß zur Anwesenheit zu erbitten. (Komm.-Prot. S. 29.)

Diese Bestimmung des Gesetzes entspricht für die Verhandlungen im Civilprozeß den in Bayern geltenden Bestimmungen. (Bayer. CPO. Art. 149), während im bayer. Strafprozeß eine Reihe von Personenkategorien zur Anwesenheit in den Sitzungen mit beschränkter Oeffentlichkeit berechtigt sind. (Bayer. Strafprozeßges. v. 10. Novbr. 1848 Art. 140 u. 303.)

§. 177.

Die Aufrechthaltung der Ordnung in der Sitzung liegt dem Vorsitzenden ob.

§. 178.

Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhandlung nicht betheiligte Personen, welche den zur Aufrechthaltung der Ordnung erlassenen Befehlen nicht gehorchen, können auf Beschluß des Gerichts aus dem Sitzungszimmer entfernt, auch zur Haft abgeführt und während einer in dem Beschlusse zu bestimmenden Zeit, welche vierundzwanzig Stunden nicht übersteigen darf, festgehalten werden.

§. 179.

Das Gericht kann gegen Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhandlung nicht betheiligte Personen, welche sich in der Sitzung einer Ungebühr schuldig machen, vorbehaltlich der strafgerichtlichen Verfolgung, eine Ordnungsstrafe bis zu einhundert Mark oder bis zu drei Tagen Haft festsetzen und sofort vollstrecken lassen.

§. 180.

Das Gericht kann gegen einen bei der Verhandlung betheiligten Rechtsanwalt oder Vertheidiger, der sich in der Sitzung einer Ungebühr schuldig macht, vorbehaltlich der strafgerichtlichen oder disziplinaren Verfolgung, eine Ordnungsstrafe bis zu einhundert Mark festsetzen.

§. 181.

Die Vollstreckung der vorstehend bezeichneten Ordnungsstrafen hat der Vorsitzende unmittelbar zu veranlassen.

§. 182.

Die in den §§. 177—181 bezeichneten Befugnisse stehen auch einem einzelnen Richter bei der Vornahme von Amtshandlungen außerhalb der Sitzung zu.

Die §§. 177—182 enthalten Bestimmungen von verschiedener rechtlicher Natur:

a) solche, welche die Aufrechthaltung der Ordnung in der Sitzung im Allgemeinen betreffen;

b) solche, welche Befolgung der richterlichen Befehle zur Aufrechthaltung der Ordnung sichern sollten;

c) solche, welche die Ahndung der Ungebühr ermöglichen (Ordnungsstrafen).

Die Vorschriften der ersten Art sind in §. 177 zusammengefaßt und beziehen sich auf alle im Gerichtsraume anwesenden Personen. (Vgl. §. 127 Abs. 1 u. 2 der CPO.) Der Entwurf (§. 143) hatte zwischen Aufrechthaltung der Ordnung (Abs. 1) und Ordnungsruf (Abs. 2) scharf unter-

schieden und den letzteren nur gegen die bei der Verhandlung nicht amtlich betheiligten Personen zugelassen. Die vorwiegende Tendenz war bei dieser Unterscheidung, den Staatsanwalt von der Disciplin des Vorsitzenden zu eximiren. Dagegen erhob sich aber in der Justizkommission heftiger Widerspruch, der in dem bekannten Kompromiß nicht unterging. So kam es, daß man den zweiten Absatz des §. 143 des Entwurfs strich, um den parlamentarischen terminus technicus „Ordnungsruf" überhaupt nicht auf die Rechtspflege zu übertragen, dagegen den ersten Absatz als §. 177 bestehen ließ mit der ausdrücklichen Konstatirung, daß nach Auffassung der Kommission der Paragraph dem Vorsitzenden das Recht gewähre, die Ordnung der Verhandlung auch dem Staatsanwalte gegenüber aufrecht zu erhalten.

Selbstverständlich fällt unter diese Disciplinargewalt des Vorsitzenden auch jeder mitwirkende Richter. (Vgl. Protokolle z. GVG. S. 29—38. Insbes. S. 36—38.)

Die Vorschriften der zweiten und dritten Art (§§. 178 ff.) unterscheiden sich von den ebenerwähnten vor Allem dadurch, daß sie nicht wie diese dem Vorsitzenden, sondern dem Gerichte ein Recht einräumen. Es wurde in den Kommissionsverhandlungen bei dieser Gelegenheit ausdrücklich hervorgehoben und Seitens der Regierung bestätigt, daß der Amtsrichter da, wo er allein verhandle, unter den Begriff „Gericht" mit zu subsumiren sei, daß er dagegen im Schöffengerichte nur als Vorsitzender erscheine. (Prot. z. GVG. S. 39, 40, 41.) Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß sie zu Maßregeln nur gegen ganz bestimmte Personenkategorien ermächtigen. Unter sich differiren die Bestimmungen der zweiten und dritten Art, insoferne die ersteren als Präventivnormen einen unmittelbaren Vollzug ohne jedes Rechtsmittel ermöglichen, die letzteren als Strafsatzungen zwar auch sofortigen Vollzug gestatten, jedoch durch das Rechtsmittel der Beschwerde innerhalb 8 Tagen außer Kraft gesetzt werden können. In den Fällen der §§. 180 und 182 hat die Beschwerde sogar eine die Vollstreckung aufschiebende Wirkung (§. 183). Der in den §§. 179 und 180 sich findende Begriff der Ungebühr ist nicht definirt, folglich ganz und gar der Bestimmung durch das richterliche Ermessen anheimgegeben.

§. 183.

Ist in den Fällen der §§. 179, 180, 182 eine Ordnungsstrafe festgesetzt, so findet binnen der Frist von einer Woche nach der Bekanntmachung der Entscheidung Beschwerde statt, sofern die Entscheidung nicht von dem Reichsgericht oder einem Oberlandesgericht getroffen ist.

Die Beschwerde hat in dem Falle des §. 179 keine aufschie-

bende Wirkung, in den Fällen des §. 180 und des §. 182 aufschiebende Wirkung.

Ueber die Beschwerde entscheidet das Oberlandesgericht.

Dieser Paragraph enthält in Abs. 3 eine Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften der §§. 71 und 72 des GVG., wonach die Civilkammern der Landgerichte die Beschwerdegerichte für Beschwerden gegen amtsgerichtliche, die Strafkammern der Landgerichte die Beschwerdegerichte für Beschwerden gegen schöffengerichtliche Beschlüsse sein sollen. An ihre Stelle tritt in allen Fällen das Oberlandesgericht. (Ueber die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen sind zu vergleichen Komm.-Prot. z. GVG. S. 39—41 und S. 684—690). Die bayr. CPO. (Art. 151) kennt gegen die Maßnahmen zur Aufrechthaltung der Ordnung und die Ordnungsstrafen keine Rechtsmittel.

§. 184.

Ist eine Ordnungsstrafe wegen Ungebühr festgesetzt, oder eine Person zur Haft abgeführt, oder eine bei der Verhandlung betheiligte Person entfernt worden, so ist der Beschluß des Gerichts und dessen Veranlassung in das Protokoll aufzunehmen.

§. 185.

Wird eine strafbare Handlung in der Sitzung begangen, so hat das Gericht den Thatbestand festzustellen und der zuständigen Behörde das darüber aufgenommene Protokoll mitzutheilen. In geeigneten Fällen ist die vorläufige Festnahme des Thäters zu verfügen.

Die Vorschrift des §. 184 erstreckt sich ihrem Wortlaut gemäß nicht auf die *Entfernung* von Personen aus dem Publikum. [S. Komm.-Prot. z. GVG. (§. 148 des Entw.) S. 690.]

Fünfzehnter Titel des GVG.

Gerichtssprache.

§. 186.

Die Gerichtssprache ist die deutsche.

Für Elsaß-Lothringen wird das hier aufgestellte Prinzip wesentlich modifizirt durch §. 12 des EG. zum GVG.:

„Die für Elsaß-Lothringen geltenden Bestimmungen über die Gerichtssprache werden durch die Vorschrift des §. 186 des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht berührt."

Diese Spezialbestimmungen für Elsaß-Lothringen sind enthalten in dem Gesetz, betreffend Abänderungen der Gerichtsverfassung vom 14. Juli 1871, Gesetzblatt für Elsaß-Lothringen 1871 S. 166 ff. und Kaiserl. Verordnung vom 17. September 1874 a. a. O. 1874 S. 31 u. 52. Dieser Para-

graph wie der ganze 15. Titel beziehen sich nicht blos auf die mündliche Verhandlung, sondern auch auf Schriftsätze und schriftliche Eingaben, Urtheile und Beschlüsse. (Vgl. bayr. CPO. Art. 161 Abs. 1). Die Folge der Nichtbeachtung einer in fremder Sprache verfaßten Schrift (bayr. CPO. a. a. O.) versteht sich wohl von selbst.

§. 187.

Wird unter Betheiligung von Personen verhandelt, welche der deutschen Sprache nicht mächtig sind, so ist ein Dolmetscher zuzuziehen. Die Führung eines Nebenprotokolls in der fremden Sprache findet nicht statt; jedoch sollen Aussagen und Erklärungen in fremder Sprache, wenn und soweit der Richter dies mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der Sache für erforderlich erachtet, auch in der fremden Sprache in das Protokoll oder in eine Anlage niedergeschrieben werden. In den dazu geeigneten Fällen soll dem Protokolle eine durch den Dolmetscher zu beglaubigende Uebersetzung beigefügt werden.

Die Zuziehung eines Dolmetschers kann unterbleiben, wenn die betheiligten Personen sämmtlich der fremden Sprache mächtig sind.

Die Sätze von: „jedoch sollen" bis „beigefügt werden" in Abs. 1 dieses Paragraphen fanden erst bei der dritten Lesung des GVG. im Plenum des Reichstags auf Antrag des Abg. Struckmann Aufnahme. (Vgl. Stenogr. Bericht über die Sitzung des Reichstags vom 19. Dezember 1876 S. 917, 918). Hiedurch wird dem Richter die Amtspflicht auferlegt, ein Nebenprotokoll zu führen, wenn er es für erforderlich hält. Ein Recht auf die Führung eines Nebenprotokolles steht den Parteien in keinem Falle zu. (Vgl. bayr. CPO. Art. 161 Abs. 3). Durch die Fassung des §. 187 ist die Zuziehung einer Mehrheit von Uebersetzern nach richterlichem Ermessen nicht ausgeschlossen, wohl aber ausgedrückt, daß es niemals einer solchen Mehrheit bedürfe und daß die Betheiligten kein Recht hierauf haben. (Motive zu §. 151 des Entw. eines GVG. S. 202.)

§. 188.

Zur Verhandlung mit tauben oder stummen Personen ist, sofern nicht eine schriftliche Verständigung erfolgt, eine Person als Dolmetscher zuzuziehen, mit deren Hülfe die Verständigung in anderer Weise erfolgen kann.

In der Justizkommission des Reichstags erhoben sich Zweifel über die Bedeutung des Ausdrucks „schriftliche Verständigung". Auf eine dießbezügliche Anfrage des Abg. Dr. Lasker erklärte Abg. Dr. Zinn, er fasse den Ausdruck dahin auf, daß die Frage schriftlich gestellt und von dem Stummen bezw. Taubstummen schriftlich beantwortet werden müsse. Nur in dieser Form gebe eine schriftliche Verständigung eine ausreichende Garantie. Diese Auffassung wurde von dem Direktor im Reichskanzleramte von Amsberg bestätigt. [Komm.-Prot. z. GVG. (§. 152) S. 46.]

Kennt der Stumme bezw. Taubstumme oder Taube die deutsche Sprache nicht, so findet die schriftliche Verständigung nach §. 187 Satz 1 mit Hilfe eines Dolmetschers statt.

§. 189.

Ob einer Partei, welche taub ist, bei der mündlichen Verhandlung der Vortrag zu gestatten sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen.

Dasselbe gilt in Anwaltsprozessen von einer Partei, die der deutschen Sprache nicht mächtig ist.

Abs. 1 dieses Paragraphen bezieht sich auf den Anwalts- und Parteiprozeß; Abs. 2 nur auf jenen. (Vgl. §. 128 Abs. 4 der CPO.)

§. 190.

Personen, welche der deutschen Sprache nicht mächtig sind, leisten Eide in der ihnen geläufigen Sprache.

§. 191.

Der Dolmetscher hat einen Eid dahin zu leisten: daß er treu und gewissenhaft übertragen werde.

Ist der Dolmetscher für Uebertragungen der betreffenden Art im Allgemeinen beeidigt, so genügt die Berufung auf den geleisteten Eid.

§. 192.

Der Dienst des Dolmetschers kann von dem Gerichtsschreiber wahrgenommen werden. Einer besonderen Beeidigung bedarf es nicht.

§. 193.

Auf den Dolmetscher finden die Bestimmungen über Ausschließung und Ablehnung der Sachverständigen entsprechende Anwendung. Die Entscheidung erfolgt durch das Gericht oder den Richter, von welchem der Dolmetscher zugezogen ist.

Der als Dolmetscher verwendete Gerichtsschreiber ist für getreue und gewissenhafte Uebertragung bei seiner Amtspflicht verantwortlich. Ueber die Bestimmungen betreffs der Ausschließung und Ablehnung von Sachverständigen im Civilprozesse vgl. §§. 371, 42 der CPO.; im Strafprozesse §§. 74, 24—30 der StPO.:

Ueber die Rechtsmittel gegen den Beschluß, durch welchen die Ablehnung für begründet oder unbegründet erklärt wird, s. CPO. §. 371 Abs. 5; StPO. §. 28.

---

2) §. 119 enthält das Erforderniß der mündlichen Verhandlung nur für die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte. Dadurch ist die Mündlichkeit prinzipiell nicht erforderlich:

a) für Verhandlungen einer Partei mit Nebenpersonen des Prozesses,

für Verhandlungen zwischen dem Gerichte und dritten Personen und für Verhandlungen zwischen dem Gerichte und einer der Parteien. (Beispiele: §§. 97 Abs. 2; 115 mit 98, 99; 46; 117, 290 Abs. 2.)

b) für Verhandlungen vor dem beauftragten Richter oder Gerichte (§§. 340, 365),

c) für Verhandlungen nach durchgeführtem Rechtsstreit, also in der Vollstreckungsinstanz (§. 684 Abs. 3; s. jedoch u. S. 392). Vgl. auch oben S. 13 und Allgemeine Begründung S. 11—22, 29 ff.

Nur auf die mündliche Verhandlung beziehen sich die Vorschriften des GVG. über die Oeffentlichkeit.

3) Obwohl nach dem Prinzip des §. 119 die Mündlichkeit des Verfahrens nur einen genau begränzten Umfang hat, dehnen doch eine Reihe von Einzelvorschriften der CPO. die Mündlichkeit auf Fälle aus, welche nicht unter das Prinzip fallen. Dieß geschieht theils so, daß die mündliche Verhandlung in solchen Fällen als obligatorisch, theils so, daß sie als fakultativ erklärt wird. Obligatorisch ist sie gemäß nachstehender Bestimmungen:

§. 68 für die Verhandlung über den Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention.

§. 126 für die Verhandlung über den Antrag auf Verurtheilung eines Rechtsanwaltes zur Rückgabe von Urkunden.

§. 291 Abs. 3, 4 für die Verhandlung über den Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes im Urtheil.

§. 292 Abs. 3 für die Verhandlung über den Antrag auf Urtheilsergänzung.

§. 352, §. 354 Abs. 2 und 367 für die Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der Zeugnißverweigerung oder der Verweigerung des Sachverständigengutachtens.

§§. 390, 391 für die Verhandlung über den Antrag auf Anordnung der Herausgabe einer in den Händen des Prozeßgegners befindlichen Urkunde.

§§. 653, 654 für die Verhandlung über den Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung eines Urtheils.

§. 660 für die Verhandlung über die Klage auf Vollstreckbarkeitserklärung eines ausländischen Urtheils.

§§. 804 und 805 für die Verhandlung über den gegen einen Arrestbeschluß erhobenen Widerspruch.

§. 816 Abs. 2 für die Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in nicht dringenden Fällen. (Arg. e contr. aus Abs. 2.)

Fakultativ erscheint die mündliche Verhandlung nach dem Ermessen des Gerichts gemäß

§. 37 für die Entscheidung über das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichtes.

§. 46 für die Entscheidung über das Gesuch um Ablehnung von Gerichtspersonen.

§. 97 für die Entscheidung über die Frage, ob ein Gerichtsschreiber, gesetzlicher Vertreter, Rechtsanwalt, anderer Bevollmächtigter oder ein Gerichtsvollzieher in die durch sein grobes Verschulden veranlaßten Kosten zu verurtheilen sei.

§. 99 für die Entscheidung über das Kostenfestsetzungsgesuch.

§. 117 für die Entscheidung über das Armenrechtsgesuch, über die Entziehung des Armenrechts und über die Verpflichtung zur Nachzahlung der gestundeten Beträge.

§. 160 für die Anordnung der Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten.

§. 187 für die Entscheidung über das Gesuch um Bewilligung öffentlicher Ladung.

§§. 203 und 204 für die Entscheidung über den Antrag auf Abkürzung oder Verlängerung einer Frist.

§. 205 Abs. 2 für die Entscheidung über den Antrag auf Verlegung eines Termins.

§. 225 für die Entscheidung über das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens.

§. 290 für die Beschlußfassung über die Berichtigung von Schreibfehlern, Rechnungsfehlern und ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten des Urtheils.

§. 304 Abs. 2 für den Beschluß über Bestimmung der Einspruchsfrist, wenn Zustellung des Versäumnißurtheils im Auslande oder öffentliche Zustellung erforderlich ist.

§. 371 Abs. 4 für die Entscheidung über das Gesuch um Ablehnung von Sachverständigen.

§. 451 für die Entscheidung über das Gesuch um Beweiserhebung zur Sicherung des Beweises.

§. 536 für die Entscheidung über das Rechtsmittel der Beschwerde.

§. 647 für die Entscheidung über den Antrag, daß wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder wegen Wiederaufnahme des Verfahrens die Zwangsvollstreckung einstweilen gegen oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt werde oder nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde, oder daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien.

§. 668 für die Entscheidung über Einwendungen des Schuldners gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel.

§. 684 Abs. 3 für die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts, soweit demselben die Anordnung von Vollstreckungshandlungen oder die Mitwirkung bei solchen zugewiesen ist.

§. 688 Abs. 3 für die Entscheidung über den Antrag des Schuldners, der gegen die Vollstreckung Einwendungen gemäß §§. 686, 687 erhebt, daß die Vollstreckung bis zur Erlassung eines Urtheils über diese Einwendungen gegen oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt oder nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werde, oder daß die erfolgten Vollstreckungshandlungen gegen Sicherheitsleistung wieder aufgehoben werden.

§. 776 für Entscheidungen über die Art der Vollstreckung von Urtheilen auf Vornahme einer bestimmten Handlung oder Unterlassung bezw. Duldung einer solchen Seitens des Schuldners. (§§. 773—775.)

Fälle der münd. Verhandlung: Endurtheil.

§. 801 für die Entscheidung über ein Arrestgesuch.

§. 813 Abs. 3 für die Entscheidung über Aufhebung eines Arrestes.

§. 816 Abs. 2 für die Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einstweiliger Verfügungen in dringenden Fällen.

§. 820 Abs. 3 für die Entscheidung des Amtsgerichts über den Antrag auf Erlassung einstweiliger Verfügungen in dringenden Fällen.

§. 824 für die Entscheidung über den Antrag auf Erlassung eines Aufgebotes.

(Vgl. hiezu L. Seuffert, Commentar §. 119 Nr. 2.)

Die §§. 666 Abs. 2 u. 669 Abs. 2, welche von L. Seuffert a. a. O. noch hieher gezählt sind, gehören in Wahrheit nicht hieher. Denn in diesen Paragraphen ist nur davon die Rede, daß der Schuldner vor der Entscheidung gehört werden müsse. Das rechtliche Gehör hat aber an sich mit dem Prinzip der Oeffentlichkeit oder Mündlichkeit nichts gemein, wie sich klar z. B. aus §§. 97 Abs. 2 und 776 ergibt.

4) Das Verfahren für die Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen Versäumung von Nothfristen, sowie für die Anfechtung der Entscheidung richtet sich nach dem Verfahren für die nachgeholte Prozeßhandlung (§. 216). Demnach ist obligatorische mündliche Verhandlung vorgeschrieben für die Entscheidung über Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist (§. 304), der Berufungsfrist (§. 477), der Revisionsfrist (§. 514), der Frist für Anstellung der Restitutionsklage (§. 549), für Anstellung der Anfechtungsklage gegen ein Ausschlußurtheil (§. 835) und für Anstellung der Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs (§. 870).

Fakultativ dagegen ist die mündliche Verhandlung über den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die versäumte Nothfrist für Einlegung der sofortigen Beschwerde. (§§. 540, 536. Vgl. auch L. Seuffert, Commentar §. 119 Nr. 4.)

5) Das Gesetz enthält sich besonderer Bestimmungen über die Konsequenzen des Grundsatzes der Mündlichkeit der Verhandlung. Dagegen finden sich in der „Allgemeinen Begründung" über diesen Punkt eingehende Erörterungen, die hier folgen:

„Die schriftlichen Parteianträge, welche der mündlichen Verhandlung voraufgehen und nach dem Gesetze den Charakter motivirter Konklusionen an sich tragen, verfolgen den Zweck, die bevorstehende mündliche Verhandlung vorzubereiten, einen geordneten Verlauf derselben und deren vollständige Durchführung zu befördern: dagegen wirken sie sachlich in einer den Inhalt der mündlichen Verhandlung bestimmenden Weise nicht ein. Die Parteien treten vor ein unbefangenes Gericht; dieses erfährt nicht durch ein Referat, wie der Rechtsstreit in bestimmten und feststehenden Grenzen sich bereits entwickelt hat, sieht vielmehr vor seinen Augen, wie der Rechtsstreit sich entwickelt und seine Grenzen erhält.

„Aus dem Verhältnisse der Schriftsätze, welche der mündlichen Verhandlung voraufgehen, zu dieser selbst folgt wenigstens als Regel zweierlei: zuerst, daß das Gericht Alles zu berücksichtigen hat, was ihm mündlich vorgetragen wird, wenngleich es in den vorbereitenden Schriftsätzen nicht angeführt worden ist; zweitens aber umgekehrt, daß das Gericht ein thatsächliches Vorbringen, welches in den vorbereitenden Schriftsätzen enthalten ist, den Gegenstand der mündlichen Verhandlung aber nicht gebildet hat, nicht berücksichtigen darf. In dieser zweiten Folge liegt für eine jede Partei ein sehr entschiedener sachlicher Zwang, den Rechtsstreit und zwar vollständig mündlich zu verhandeln.

„Die wahre Bedeutung und die Folgen des Grundsatzes der Mündlichkeit müssen sich aus der ganzen Konstruktion des Verfahrens ergeben. Dieselben in schroffen Sätzen auszusprechen nützt nicht, schadet vielmehr, weil derartige Sätze leicht Mißverständnisse erregen, indem sie wegen ihrer allgemeinen Fassung als uneingeschränkt gültig angesehen werden, während sie doch durch anderweite Vorschriften des Gesetzes erheblichen Beschränkungen unterworfen sind.

„Insbesondere bedarf es schwerlich einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift, daß, wenn im Laufe einer bestimmten mündlichen Verhandlung ein Wechsel im Richterpersonal eintritt, die mündliche Verhandlung von Neuem zu beginnen habe. Hierin liegt eine ganz unabweisliche Konsequenz des Grundsatzes, welche auch entsprechende Anwendung finden müßte, wenn je ein zur Urtheilsfällung berufener Richter erklären sollte, daß ein für die Beurtheilung des Rechtsstreits wesentlicher Theil der Verhandlung seiner Erinnerung entschwunden sei.

„Es fragt sich schließlich, ob von dem richtig verstandenen Grundsatze

der unmittelbaren Verhandlung des Rechtsstreits vor dem zu seiner Entscheidung berufenen Richter oder konkreter von den beiden bereits wiederholt erwähnten Folgen dieses Grundsatzes Ausnahmen zu gestatten seien?

„Von dem Satze, daß der Richter bei der Urtheilsfällung das thatsächliche Vorbringen nur insoweit zu berücksichtigen habe, als es ihm von den Parteien vorgetragen wurde, selbst wenn es in den bei ihm hinterlegten vorbereitenden Schriftsätzen enthalten ist — eine Ausnahme zu gestatten, wie sie im rheinischen Verfahren sich gebildet hat, dürfte völlig unzulässig ein; denn damit würde der für die Parteien gebotene Zwang, die Sache mündlich zu verhandeln, beseitigt erscheinen. Ebensowenig würde die Annahme statthaft sein, daß ein vom Gerichte einseitig und ohne die Möglichkeit eines von den Parteien zu beantragenden Berichtigungsverfahrens festgestelltes Sachverhältniß die Grundlage einer späteren richterlichen Entscheidung bilden könne; eine solche Feststellung darf nie und unter keinen Umständen an die Stelle einer mündlichen Verhandlung als Ersatz für dieselbe treten, wenn im Laufe des Rechtsstreits über ein bestimmtes thatsächliches Verhältniß entweder für sich oder in Verbindung mit einem anderen wiederholt zum Zwecke einer richterlichen Entscheidung zu verhandeln ist.

„Ausnahmen von dem umgekehrten Satze, daß der Richter alles in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte, auch wenn dasselbe nicht schriftlich festgestellt worden ist, zu berücksichtigen habe, sind weit unbedenklicher, weil sie die Gefahr, die Entwickelung der mündlichen Verhandlung zu lähmen, nicht in dem Maße mit sich führen, wie die Ausnahmen von dem ersten Satze. Sie brauchen nicht mit großer Aengstlichkeit vermieden zu werden, weil die Güte eines Prozeßverfahrens nicht davon abhängt, daß seine Grundprinzipien in voller und schroffer Konsequenz durchgeführt werden.

„Es mag deshalb bei der großen Bedeutung, welche die Gesuche (petita) haben, eine Vorschrift gerechtfertigt sein, welche dahin geht, daß eine Abänderung dieser Gesuche in der mündlichen Verhandlung nicht zu berücksichtigen sei, wenn sie nicht nachträglich zum Sitzungsprotokolle festgestellt wird, wenngleich praktisch dasselbe durch die Vorschrift erreicht wird, daß derartige Abänderungen von Amtswegen zum Sitzungsprotokolle festzustellen sind.

„Nur als eine scheinbare Ausnahme von dem vorerwähnten Satze kann es angesehen werden, wenn einzelne Schriftsätze neben ihrer allgemeinen Bedeutung für eine bestimmte mündliche Verhandlung noch eine besondere wesentliche Bedeutung für die durch ihre Zustellung erfolgende Einleitung oder Erneuerung einer Instanz haben, wie z. B. Klagschriften, Berufungsschriften, Einspruchsschriften. Diese Schriftsätze haben eine doppelte Natur; sie sind theils bestimmend, theils vorbereitend. Es empfiehlt sich

nach dem Vorgange des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für den norddeutschen Bund, die verschiedene Natur dieser Schriftsätze durch den Wortausdruck in den betreffenden gesetzlichen Vorschriften in der Art hervortreten zu lassen, daß hinsichtlich der wesentlichen Bestandtheile des Schriftsatzes das imperative „Muß", hinsichtlich der unwesentlichen Bestandtheile aber das instruktionelle „Soll" gebraucht wird.

„Das schriftliche Verfahren ist seiner Natur nach ein einseitiges, ungleichzeitiges. Der schriftliche Prozeß bewegt sich in festbestimmten Stadien vorwärts; auf die Klage folgt die Vernehmlassung, auf diese die Replik, auf die Replik die Duplik. Jeder Schriftsatz hat einen bestimmten Inhalt und selbst für diesen eine bestimmte Reihenfolge. Die technisch-prozessualische Regel, daß Repliken nicht zu antizipiren seien, hat für den schriftlichen Prozeß Sinn und Bedeutung. Die Uebertragung dieser Verhältnisse auf den mündlichen Prozeß, welcher seiner Natur nach ein zweiseitiges, gleichzeitiges Verfahren ist, würde, selbst wenn sie durchzuführen wäre, ganz unnatürlich sein. Die mündlichen Parteivorträge müssen geordnete sein, der Vorsitzende hat hierauf zu achten und muß befugt sein, die Trennung der Verhandlung über verschiedene Punkte anzuordnen, wenn deren gemeinschaftliche Verhandlung die Uebersichtlichkeit aufheben würde. Allein innerhalb dieser Schranken darf eine weitere nicht aufgeführt, eine bestimmte mündliche Verhandlung nicht in Stadien zerlegt und für diese eine feste Reihenfolge festgesetzt werden. Geschieht dieses, so würde den Parteien, welche durch die eine mündliche Verhandlung vorbereitenden Schriftsätze von der Lage und dem Stoffe des Rechtsstreites bereits Kenntniß erlangt haben, ganz unnöthigerweise eine Beschränkung auferlegt, der mündlichen Verhandlung selbst aber wegen des Zerreißens des natürlichen Zusammenhangs des Streitstoffs alle Lebendigkeit entzogen werden. Es tritt noch hinzu, daß die Feststellung, ob ein thatsächliches Vorbringen in einem früheren Stadium einer bestimmten mündlichen Verhandlung erfolgt ist, großen Schwierigkeiten unterliegen muß, wenn man nicht zu dem ganz unzulässigen Mittel der schriftlichen Fixiruug des Details der mündlichen Vorträge greifen will, ja daß jene Feststellung von vorn herein ausgeschlossen ist, wenn in der Zwischenzeit ein Wechsel im Richterpersonal eintrat.

„Diese Erwägungen führen zu dem Gedanken, daß eine bestimmte mündliche Verhandlung, selbst wenn sie in mehrere äußerlich getrennte Akte zerfällt, als ein Akt anzusehen ist. Dieser in den allgemeinen Motiven zum Entwurf der hannoverschen Prozeßordnung entwickelte Gedanke hat zuerst in einem österreichischen Entwurf einer Civilprozeßordnung gesetzlichen Ausdruck gefunden. Diese Formulirung ist dann in den hannoverschen Entwurf sowie in die ihm folgenden Gesetzeswerke, insbesondere auch in den

norddeutschen Entwurf übergegangen. Es liegt jedoch ein Bedürfniß nicht vor, einen solchen doktrinären Satz dem Gesetze einzuverleiben, weil die Konstruktion des Verfahrens ihn ergeben muß. Auch kommt hinzu, daß der Satz in seiner Allgemeinheit insofern Mißverständnissen ausgesetzt ist, als er dahin verstanden werden kann und verstanden worden ist, daß auch Dispositionsakte, gerichtliche Geständnisse, sowie die Annahme und Zurückschiebung zugeschobener Eide im weiteren Verlaufe einer bestimmten mündlichen Verhandlung zurückgezogen werden könnten.

„Der Gedanke kann auch in folgender Weise ausgedrückt werden, und zwar korrekter, wenn man in Betracht zieht, daß im Laufe einer bestimmten mündlichen Verhandlung ein Wechsel in dem Richterpersonal eintreten oder in Folge der Schwäche des menschlichen Gedächtnisses den zur Urtheilsfällung berufenen Richtern oder auch nur einem derselben diejenige Klarheit in der Erinnerung und Auffassung des thatsächlichen Vorbringens entschwinden kann, welche die Voraussetzung für eine sachgemäße Entscheidung bildet. Wenn eine bestimmte mündliche Verhandlung eine Unterbrechung erleidet, weil sie wegen der einen oder anderen Schwierigkeit, insbesondere wegen eines hervortretenden Bedürfnisses der Aufklärung durch Aufnahme von Beweisen nicht durchgeführt werden kann, so erscheint die fortgesetzte Verhandlung sachlich insofern als eine neue, als prinzipiell in derselben der ganze Streitstoff vorgebracht werden muß. Diejenige mündliche Verhandlung, welche der Urtheilsfällung unmittelbar voraufgeht, stellt sich demgemäß prinzipiell als die entscheidende dar.

„Aus diesen Erwägungen ergeben sich nun wichtige Folgen für den Grundsatz der Konzentration der Rechtsbehelfe, welche man als Eventualmaxime bezeichnet, und für das Kontumazialsystem.

„I. Den Parteien steht es frei, Rechtsbehelfe jeder Art, insbesondere Einreden, Repliken, Dupliken, Widerklagen und Beweise, wie beim Beginne, so auch im ganzen weiteren Verlaufe einer bestimmten mündlichen Verhandlung vorzubringen. Dieser Gedanke hat, von Ausnahmen abgesehen, in allen Gesetzeswerken, welche auf Mündlichkeit des Verfahrens in der einen oder anderen Gestalt beruhen, Geltung, obwohl er in dem Code de procédure civile und den ihm folgenden Gesetzeswerken, ja selbst in der Bürgerlichen Prozeßordnung für das Königreich Bayern, keinen besonderen Ausdruck gefunden hat. Dieses ist erklärlich, weil die sog. Eventualmaxime dem schriftlichen Verfahren ihr Entstehen und ihre weitere Entwickelung verdankt. In diesem ist, seiner Natur als einseitigem entsprechend, das Bedürfniß der Konzentration der Rechtsbehelfe immer lebhafter empfunden worden, nicht aber im mündlichen Verfahren, weil letzteres schon wegen des gleichzeitigen Verhandelns der Parteien eine solche Beweglichkeit hat, daß ein Verbessern

oder Nachholen besondere Schwierigkeiten nicht darbietet. Wer an das schriftliche Verfahren gewöhnt und von den Vortheilen, welche die Eventualmaxime in diesem bietet, lebhaft überzeugt, Mißbräuche erheblicher Art für ein mündliches Verfahren oder Eventualmaxime befürchtet, wird zu erwägen haben, daß die befürchteten Mißbräuche in den Ländern des mündlichen Verfahrens nicht hervorgetreten sind, auch nicht wohl hervortreten konnten, weil Anwälte, welche umgeben von ihren Kollegen Angesichts des Gerichts einen Rechtsstreit verhandeln, nur unter schwerer Beschädigung ihrer Dienstehre von Prozeßvorschriften mißbräuchliche Anwendung machen können. Daneben darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß eine Partei, welche mit dem Vorbringen zögert, dieses auf die Gefahr hin thut, durch das Urtheil mit weiteren Rechtsbehelfen sich ausgeschlossen zu sehen, da das Gericht auf die Möglichkeit eines noch zulässigen weiteren Vorbringens keine Rücksicht zu nehmen hat. Dieses Moment muß sich um so wirksamer erweisen, als das mündliche Verfahren dahin führt, Theilurtheile und Zwischenurtheile für geboten zu erachten, die Erlassung solcher Urtheile aber die Folge hat, daß Rechtsbehelfe irgend welcher Art, die den erledigten Rechtsstoff betreffen, nicht nachgeholt werden können. Jedenfalls ist es nicht erforderlich, das Korrectiv gegen die befürchteten Mißbräuche in der Beibehaltung der Eventualmaxime zu suchen. Bereits im Gebiete des französischen Rechts hat sich in der Praxis der Grundsatz entwickelt, daß das Gericht befugt sei, Angriffs-, Vertheidigungs- und Beweismittel, welche nach seiner Ueberzeugung zum Verschleife der Sache geltend gemacht werden oder zurückgehalten sind, sofern ihre Berücksichtigung die sofortige Erlassung des Endurtheils verhindern würde, als zur Berücksichtigung nicht geeignet zu verwerfen und der preußische Entwurf §. 324 hatte die Aufnahme dieses Grundsatzes in das Gesetz in Vorschlag gebracht. Soviel ist zweifellos, daß eine derartige Bestimmung mit dem mündlichen Verfahren vereinbar ist und daß sachliche Bedenken nicht entgegenstehen, vorausgesetzt, daß sie richtig begrenzt wird. In Betreff der Angriffsmittel ist sie nicht erforderlich, da gegen einen Mißbrauch derselben anderweit Vorkehr getroffen werden kann. Rücksichtlich der Beweismittel ist sie nur insoweit gerechtfertigt, als sie in den §§. 329, 385 des Entwurfs Ausdruck gefunden hat. Was endlich die Vertheidigungsmittel anlangt, so besteht ein Bedürfniß für eine beschränkende Vorschrift nur hinsichtlich derjenigen Vertheidigungsmittel, welche von dem Beklagten oder von dem Widerbeklagten nachträglich geltend gemacht werden, indem nur diese Personen ein Interesse haben können, den Prozeß zu verschleppen. Welches Vorbringen übrigens als ein nachträgliches anzusehen sei, wird das Gericht nach freiem Ermessen zu bestimmen haben. Die Fixirung eines bestimmten Zeitpunkts verbietet die Struktur des mündlichen Verfahrens und, wenn auch

in manchen Fällen die Beantwortung der Frage mit Schwierigkeiten verbunden sein wird, weil sich nicht mit Sicherheit beurtheilen läßt, ob ein Vertheidigungsmittel im früheren Verlaufe der mündlichen Verhandlung vorgebracht sei, so ist doch in Betracht zu ziehen, daß die Voraussetzungen für die Zurückweisung eines nachträglichen Vorbringens in der Art geregelt werden können, daß richterliche Willkür ausgeschlossen bleibt. Wird nämlich der Antrag des Gegners gefordert und die Zurückweisung des nachträglichen Vorbringens davon abhängig gemacht, daß durch die Zulassung desselben die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und daß das Gericht die Ueberzeugung gewonnen habe, der Beklagte habe in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen oder aus großer Nachlässigkeit das Vertheidigungsmittel nicht früher vorgebracht, so ist einerseits der Partei die Möglichkeit eröffnet, dem Gerichte die Gründe darzulegen, welche die Verzögerung veranlaßt haben, andererseits Sorge getragen, daß eine Zurückweisung nur eintreten kann, falls eine Prozeßverschleppung wirklich vorliegt. Die strikte Durchführung der Vorschrift des §. 242 des Entwurfs in erster Instanz ist für den Beklagten ohne materiellen Nachtheil, denn der Verlust des Vertheidigungsmittels wirkt nur für die Instanz, da dem Beklagten gestattet ist, das zurückgewiesene Vertheidigungsmittel in der Berufungsinstanz von neuem geltend zu machen, insoweit nicht die Bestimmung des §. 470 Absatz 2 des Entwurfs eingreift. Anders gestaltet sich dagegen das Verhältniß in der Berufungsinstanz. Würde in dieser die Vorschrift des §. 242 unbeschränkt zur Anwendung gebracht werden, so würde die Folge sein, daß der Beklagte mit dem zurückgewiesenen Vorbringen definitiv ausgeschlossen wäre, eine Folge, welche vielfach eine materielle Benachtheiligung des Beklagten nach sich ziehen und deshalb die energische Ausübung der in §. 242 den Gerichten eingeräumten Befugniß in zweiter Instanz lähmen könnte. Vermieden wird ein solches Ergebniß, wenn in Anlehnung an die Vorschriften über den Urkundenprozeß (§§. 538, 539) dem Beklagten die Geltendmachung des zurückgewiesenen Vertheidigungsmittels vorbehalten wird. Die Besorgniß, daß die der gemeinrechtlichen Verweisung ad separatum nachgebildete Institution zu einer Verweitläufigung und unleidlichen Zersplitterung der Prozesse führen könne, erscheint unbegründet, wenn man erwägt, daß das Urtheil, welches in der Berufungsinstanz unter Vorbehalt der Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln ergeht, in Betreff der Zwangsvollstreckung als Endurtheil aufzufassen ist, dadurch aber für den Beklagten das wirksamste Motiv geschaffen wird, rechtzeitig mit seinen Vertheidigungsmitteln hervorzutreten. Und ebensowenig ist zu befürchten, daß der Prozeß verewigt werde. Der Rechtsstreit bleibt in der Berufungsinstanz anhängig und beschränkt sich auf die Verhandlung und Entscheidung der vorbehaltenen Vertheidigungsmittel. —

Zulässig und als weiteres Korrektiv gegen die beim Wegfall der Eventualmaxime befürchteten Mißbräuche erscheint endlich eine Vorschrift, durch welche das Gericht ermächtigt wird, wenn durch ein nachträgliches Vorbringen von Rechtsbehelfen die Erledigung des Rechtsstreits erheblich verzögert wird, einer Partei, welche nach freier richterlicher Ueberzeugung im Stande war, den Rechtsbehelf zeitiger geltend zu machen, auch wenn dieselbe obsiegt, die Prozeßkosten ganz oder theilweise aufzuerlegen.

„II. Es wurde bereits früher bemerkt, daß der Code de procédure civile und die ihm folgenden Gesetzeswerke, sowie die bayerische Prozeßordnung von dem Satze ausgehen, daß durch das bloße Verlesen der motivirten Konklusionen, ja selbst der Gesuche ohne Begründung, der Rechtsstreit dergestalt kontradiktorisch wird, daß kein Versäumnißurtheil ergehen kann, auch wenn einer der Anwälte in der zur mündlichen Verhandlung der Sache anberaumten Sitzung nicht erscheint. Es wurde daneben ausgeführt, daß dieser Satz nicht zu billigen sei, weil er dem Mündlichkeitsprinzip widerspricht, insbesondere aber aus dem durchgreifenden praktischen Grunde, daß mit jenem Satze jeder sachliche Zwang für die Parteien, in freier Rede und Gegenrede ihren Rechtsstreit den zur Entscheidung berufenen Richtern vorzutragen, beseitigt erscheint. Wird der Satz aber aufgegeben, so folgt ohne Weiteres, daß eine Partei, welche eine bestimmte mündliche Verhandlung versäumt, in gleicher Weise zu behandeln ist, möge nun die Versäumung in der ersten oder in einer weiteren zur Fortsetzung jener Verhandlung anberaumten Gerichtssitzung eintreten. Auf den ersten Blick kann diese Auffassung als eine unnatürliche, ja befremdliche erscheinen, indem eine vielleicht weit vorgeschrittene bestimmte mündliche Verhandlung durch den Erlaß des Versäumnißurtheils auf den Anfang zurückgeworfen wird und etwa erlassene Zwischenurtheile zwar nicht aufgehoben werden, aber doch folgeweise in Wegfall kommen. Das Befremdliche verschwindet jedoch, wenn man beachtet, daß das Versäumnißurtheil, so lange ein nicht näher zu motivirender Einspruch gegen dasselbe stattfindet, formaler Natur ist, indem der Einspruch zur Folge hat, daß das Versäumnißurtheil verschwindet und der Rechtsstreit in die Lage zurückversetzt wird, in welcher er sich vor dem Erlasse desselben befand. Ein aus dem Umstande, daß diese Auffassung zu Verzögerungen führen kann, zu entnehmendes Bedenken wird durch die Vorschrift zu beseitigen sein, daß jedes zweite oder fernere in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassene Versäumnißurtheil auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist.

„Die unter I und II erwähnten Folgen würden mißverstanden werden, wenn man nicht beachtete, daß immer nur eine bestimmte mündliche Verhandlung, d. h. eine mündliche Verhandlung, welche einen bestimmten

Prozeßabschnitt zum Gegenstande hat, in Frage steht. Den verschiedenen Prozeßabschnitten entsprechen verschiedene besondere mündliche Verhandlungen, von denen eine jede in sich und gegen die andere abgeschlossen ist. Hieraus folgt, daß es sich um eine völlige Aufhebung des Eventualprinzips ebensowenig, als um die folgeweise Beseitigung von Theilurtheilen durch ein Versäumnißurtheil handelt, ferner aber, daß die Bedenken, welche die unter I und II gezogenen nothwendigen Konsequenzen mit sich führen mögen, erheblich an Gewicht verlieren, wenn der Prozeß in mehrere Prozeßabschnitte, die mündliche Verhandlung in mehrere gesonderte mündliche Verhandlungen zerfällt."

---

§. 120. (§. 116 des Entw.)

In Anwaltsprozessen wird die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet; die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat Rechtsnachtheile in der Sache selbst nicht zur Folge.

In andern Prozessen können vorbereitende Schriftsätze gewechselt werden.

Motive: „Die Verpflichtung, die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorzubereiten, besteht nur für Anwaltsprozesse (§. 72). In anderen Prozessen, in denen eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, darf diese Verpflichtung den Parteien nicht auferlegt werden, denn einer rechtsunkundigen Partei kann die Anfertigung von Schriftsätzen, für welche bestimmte Formvorschriften gesetzlich festgestellt sind, nicht angesonnen werden. Für diese Prozesse, in denen ein in mehrfacher Hinsicht abweichendes Verfahren (§§. 437 ff.) vorgeschrieben ist, läßt sich ferner ein Bedürfniß zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht in gleichem Maße, wie für Anwaltsprozesse, anerkennen; jedenfalls ist eine solche Vorbereitung in den zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörigen Rechtsstreitigkeiten wegen der größeren Einfachheit und Geringfügigkeit des Streitgegenstandes entbehrlich und schon mit Rücksicht auf den Kostenpunkt kaum durchführbar. Der Entwurf hat jedoch im §. 116 Abs. 2 die gegenseitige Mittheilung vorbereitender Schriftsätze in anderen als Anwaltsprozessen für zulässig erklärt; die Zustellung vorbereitender Schriftsätze in dem Verfahren vor den Amtsgerichten zu verbieten (vgl. z. B. nordd. Entw. §. 664, Bayern Art. 505 [1]),

---

[1]) Von einem Verbot vorbereitender Schriftsätze kann nach der bayerischen CPO. nicht gesprochen werden; vgl. Art. 536: „nicht geboten".

kann weder für nothwendig noch für angemessen erachtet werden, da auch in den zur Zuständigkeit dieser Gerichte gehörigen Prozessen von Parteien, welche selbst rechtskundig sind oder sich von einem rechtskundigen Bevollmächtigten vertreten lassen, ein vorbereitender Schriftsatz gefertigt — auch ohne diese Voraussetzung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt (§. 444) — und mittelst Zustellung des Schriftsatzes an den Gegner derselbe Vortheil für die mündliche Verhandlung gewonnen werden kann, welcher den obligatorischen Schriftenwechsel in Anwaltsprozessen rechtfertigt."

1) Einzelne Schriftsätze sind zur Einleitung resp. Fortsetzung des Verfahrens unerläßlich. So die Klageschrift, der Schriftsatz, durch welchen Einspruch erhoben wird, die Berufungs- und Revisionsschrift, die Schriftsätze, durch welche die Streitverkündung, der Beitritt des Nebenintervenienten oder Litisdenunziaten erklärt wird (§§. 230, 305, 479, 515, 70, 67, 71); endlich die Schriftsätze zur Formulirung der in der Verhandlung vor den Landgerichten zu stellenden Anträge. (§§. 269, 469). Die Nichtanfertigung dieser Schriftsätze hat demgemäß allerdings erhebliche Nachtheile in der Sache selbst zur Folge. Doch ist dieß, wie die oben (S. 394) abgedruckten Motive bemerken, nur eine scheinbare Ausnahme vom Mündlichkeitsprinzip und nur ein scheinbarer Widerspruch gegen §. 120 Abs. 2. Denn in soweit den genannten Schriftsätzen jene materielle Bedeutung zukommt, sind sie nicht „vorbereitende", sondern „bestimmende" Schriftsätze.

2) Der Nachtheil, welcher aus der Nichtbeachtung des §. 120 Abs. 1 sich ergeben kann, besteht in der Verurtheilung zur Tragung jener Kosten, welche durch eine in Folge der Nichtzustellung eines Schriftsatzes verschuldete Vertagung entstanden sind (vgl. §§. 123, 90), oder in dem Ausschluß nachgeschleppter Angriffs- und Vertheidigungsmittel von der Instanz (§§. 251, 252, 502).

3) Möglich ist auch eine mißbräuchliche Anwendung von Schriftsätzen zur Vermehrung der Gebühren. Einer solchen entgegenzuwirken hat das Gericht in §. 87 Abs. 1 nicht in der Hand, soferne die Schriftsätze von Rechtsanwälten gefertigt sind, weder in Anwalts- noch im Parteiprozeß (A. M. L. Seuffert, Commentar §. 120 Nr. 1 u. 3); denn nach §. 87 Abs. 2 sind die Gebühren des Rechtsanwalts, abgesehen von dessen Reisekosten, in allen Prozessen zu ersetzen. Sie unterliegen daher, wenn sie nur in den Schranken der Gebührenordnung bleiben, nicht dem richterlichen Ermessen.

4) Materiellrechtliche Wirkungen prozessualer Erklärungen treten mit Ausnahme der bestimmenden Schriftsätze (Klage, Berufung ꝛc.) durch Aufnahme derselben in zugestellte Schriftsätze nicht ein, sind vielmehr durch

das Vorbringen in mündlicher Verhandlung bedingt. So unterbricht die Widerklage die Verjährung des geltend gemachten Anspruchs nicht vor Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung (§§. 251, 254); ebenso wirkt die Kompensationseinrede nicht früher. Geständnisse und sonstige prozessuale Dispositionen erhalten erst mit dem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung Unwiderruflichkeit. (§§. 81. 261).

---

§. 121. (§. 117 des Entw.)

Die vorbereitenden Schriftsätze sollen enthalten:

1) die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung; die Bezeichnung des Gerichts und des Streitgegenstandes; die Zahl der Anlagen;
2) die Anträge, welche die Partei in der Gerichtssitzung zu stellen beabsichtigt;
3) die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse;
4) die Erklärung über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners;
5) die Bezeichnung der Beweismittel, welcher sich die Partei zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, sowie die Erklärung über die von dem Gegner bezeichneten Beweismittel;
6) in Anwaltsprozessen die Unterschrift des Anwalts, in anderen Prozessen die Unterschrift der Partei selbst oder desjenigen, welcher für dieselbe als Bevollmächtigter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt.

Motive: „Dem Zwecke der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung entsprechen die instruktionellen Vorschriften, welche in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem hannov. Entw. §. 120 und dem nordd. Entw. §§. 184 ff. im §. 117 gegeben sind. Werden diese Vorschriften befolgt und werden ferner die Schriftsätze so zeitig zugestellt, wie es der Entwurf vorschreibt, so können die Parteien, zum Angriffe und zur Vertheidigung gerüstet, in die mündliche Verhandlung eintreten. Dadurch wird ein geordneter und rascher Verlauf derselben gesichert und, da eine Abschrift der vorbereitenden Schriftsätze auf der Gerichtsschreiberei des Prozeßgerichts vor dem Verhandlungstermine niedergelegt werden muß (§. 120), eine sachgemäße Leitung des Verfahrens ermöglicht.

„Die Schriftsätze sollen nur eine Skizze des mündlichen Vortrags enthalten. Die Bedeutung derselben, wie sie von dem Gesetzgeber gedacht ist, würde völlig verkannt werden, wenn in dieselben Alles, was in thatsächlicher Beziehung vorgebracht werden kann, ohne Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Thatsachen aufgenommen und der Sachverhalt nicht in gedrängter Kürze, sondern in ausführlicher Breite dargestellt würde, oder wenn dieselben mit Rechtserörterungen belastet würden.

„Die dem hannov. Entw. §. 121 und der württemb. Prozeßordn. §. 182 nachgebildete Bestimmung des nordd. Entw. §. 190:

„Auf das im Laufe des Rechtsstreits Vorgebrachte kann in einem späteren vorbereitenden Schriftsatze Bezug genommen werden;"

ist als selbstverständlich weggelassen. Denn der Vorbereitung durch einen Schriftsatz bedarf es nur soweit, als die bevorstehende mündliche Verhandlung noch nicht vorbereitet ist. Letzteres ist der Fall, wenn bereits ein früher mitgetheilter Schriftsatz enthält, was den Gegenstand der mündlichen Verhandlung bilden soll. Es genügt daher die Bezugnahme auf die Contenta des früheren Schriftsatzes in dem späteren. Mit dem preuß. Entw. §. 320 die Reproduktion zu fordern, wo eine Bezugnahme ausreicht, hieße, einem zwecklosen Formalismus huldigen."

1) Im Entwurf fehlen zu Ziff. 1 die Worte „und ihrer gesetzlichen Vertreter"; Ziff. 3 bildete einen Bestandtheil von Ziff. 2, indem sich an das Wort „beabsichtigt" die Worte „unter Angabe ꝛc." anschlossen.

Während die Einschaltung der Worte: „und ihrer gesetzlichen Vertreter" durch die Redactionskommission erfolgte, wurde die Zerlegung von Ziff. 2 des Entwurfs in zwei gesonderte Ziffern durch die Justizkommission auf Antrag des Abg. Struckmann beschlossen.

Der Antragsteller wies darauf hin, daß in der Literatur das Mißverständniß aufgetaucht sei, als seien unter „Anträgen" auch die zur Begründung dienenden thatsächlichen Anführungen mit zu verstehen. Daraus habe man gefolgert, daß laut §. 259 (= §. 269) auch diese Begründung verlesen werden sollte. Diese für die Gestaltung des Verfahrens wesentliche Mißdeutung, welche dem Geiste des Entwurfes widerspreche, solle durch die Loslösung des zweiten Theiles der Ziffer 2 abgeschnitten werden (Komm.-Prot. S. 43).

2) Zu Ziffer 1: Ueber den Begriff „gesetzlicher Vertreter" vgl. oben zu §§. 50, 51 S. 191 Nr. 2. Die Bezeichnung der Parteistellung bezieht sich nicht blos auf die Hauptparteirollen, sondern auch auf die durch Nebenintervention, Streitverkündung, Benennung des rechten Besitzers, Widerklage sich ergebenden Parteistellungen. Zu den Worten: „die Bezeichnung

des Gerichts" hatte in der Justizkommission Abg. Dr. Grimm vorgeschlagen, „nach Maßgabe des Gerichtsverfassungsgesetzes" hinzuzufügen.

Antragsteller glaubte, es sei hier der Ort, dem auf Seite 31 der Motive des Gerichtsverfassungsgesetzes ausgesprochenen Satze entgegenzutreten, wonach die Gerichte nicht an die ihnen im Gerichtsverfassungsgesetze gegebenen Namen gebunden sein sollten, sondern ihre früheren Bezeichnungen beibehalten dürften. Im Interesse der Einfachheit und Klarheit der Gerichtsorganisation und Rechtsprechung sei eine absolut gleichmäßige Benennung zu empfehlen. Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt. (Komm.-Prot. S. 42, 43).

Zu Ziff. 2: Unter Anträgen hat man (vgl. Nr. 1) lediglich die Gesuche (petita) der Parteien zu verstehen, m. a. W. das an das Gericht gestellte formulirte Verlangen, zu Gunsten des Antragstellers zu erkennen.

Zu Ziff. 3: Welche thatsächlichen Verhältnisse hieher gehören, beantwortet sich für jeden einzelnen Fall aus dem Civilrechte. Rechtsausführungen gehören nicht in die Schriftsätze.

Aus den in Ziff. 2 und 3 bezeichneten Bestandtheilen bemißt sich bei der Klageschrift das Vorhandensein einer Klageänderung (vgl. unten zu §§. 230 und 235).

Zu Ziff. 4: Die hier geforderte Erklärung ist an keine Form oder Reihenfolge gebunden; sie bezieht sich gleichfalls nicht auf rechtliche Behauptungen.

Zu Ziff. 5: Die Bezeichnung der Beweismittel muß eine nach Art, Zahl und Individualität spezialisirte sein. Dieß tritt insbesondere für den Zeugenbeweis charakteristisch hervor gegenüber den Vorschriften des dem französischen nachgebildeten bayerischen Prozesses. Während nach der bayr. CPO. vor Erlassung des Beweisurtheils die Beweismittel nur nach ihrer Art anzugeben sind (Art. 324 Abs. 1), demnach z. B. nur erklärt zu werden braucht, daß man den Beweis mittelst Zeugen liefern wolle, soll nach Vorschrift der CPO. der Schriftsatz die Angabe der Namen und Zahl der Zeugen enthalten (Arg. §§. 324 Ziff. 2 und 338).

3) Die Vorschriften des §. 121 sind gleich denen des §. 120 nur instruktionell. Ihre Nichtbeachtung hat daher Rechtsnachtheile in der Sache selbst nicht zur Folge. Soweit freilich Schriftsätze nicht blos vorbereitender, sondern auch bestimmender Natur sind, gelten für sie besondere obligatorische Bestimmungen, z. B. für die Ladung (§§. 191, 192), die Klage (§. 230 Abs. 2), die Berufungsschrift (§. 479 Abs. 2), die Revisionsschrift (§. 515), die Erhebung der Nebenintervention (§. 67), Streitverkündung (§. 70), Benennung des rechten Besitzers (§. 73 Abs. 1).

4) So ergäben sich für die Schriftsätze des neuen Verfahrens beispielsweise folgende Formularien:

a. Für die Klage:

Zum k. Landgerichte A.

Klage

des Rechtsanwalts X

Namens

des Privatiers Johann M in A

gegen

den Schreinermeister Xaver N in A

wegen Forderung.

Am 1. Juli vorigen Jahres hat der Kläger dem Beklagten ein Darlehen von 400 Mk. gegen Rückzahlung nach drei Monaten gegeben. Da Beklagter trotz Mahnung zur Zahlung sich nicht versteht, werde ich beantragen:

Kgl. Landgericht A wolle den Beklagten zur Zahlung von 400 Mk. sammt Verzugszinsen hieraus vom Tage der Klagszustellung an und in die Prozeßkosten verurtheilen.

Im Widerspruchsfall werde ich den Beweis der Darlehenshingabe durch Zeugen liefern. Als Zeugen benenne ich:

1) Sebastian Huber, } beide Schreinergehilfen dahier.
2) Valentin Niedermeier, }

Ich lade zugleich den Beklagten zum Erscheinen in der auf den . . . festgesetzten Sitzung mit der Aufforderung ein, rechtzeitig einen am kgl. Landgerichte A zugelassenen Rechtsanwalt aufzustellen.

X., Rechtsanwalt.

b. Für die Klagsbeantwortung:

Zum k. Landgericht A

Anwaltsbestellung und Einlassung

des

Rechtsanwalts Dr. Y

in Sachen

des Johann M, Privatiers in A, Klägers, vertreten durch Rechtsanwalt X

gegen

den Schreinermeister Xaver N in A, Beklagten

wegen Forderung.

Indem ich meinem Herrn Collegen X anzeige, daß mich der Beklagte als Anwalt aufgestellt hat, begegne ich der Klage mit der Be-

hauptung, daß der Beklagte zwar das Darlehen erhalten, dasselbe jedoch am 3. vorigen Monats zurückbezahlt hat. Zum Beweise der Zahlung lege ich die Quittung vom 3. vorigen Monats bei, welche A eigenhändig unterzeichnet hat.

Dr. Y, Rechtsanwalt.

[Mit einer Anlage] (s. §§. 122, 191, 192, 230, 244).

---

§. 122. (§. 118 des Entw.)

Dem vorbereitenden Schriftsatze sind die in den Händen der Partei befindlichen Urkunden, auf welche in dem Schriftsatze Bezug genommen wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen.

Kommen nur einzelne Theile einer Urkunde in Betracht, so genügt die Beifügung eines Auszugs, welcher den Eingang, die zur Sache gehörende Stelle, den Schluß, das Datum und die Unterschrift enthält.

Sind die Urkunden dem Gegner bereits bekannt oder von bedeutendem Umfange, so genügt die genaue Bezeichnung derselben mit dem Erbieten, Einsicht zu gewähren.

Motive: „Während die Vorschrift der Nr. 5 des §. 117 eine Konsequenz des von dem Entwurf adoptirten Systems der Beweisverbindung ist, stehen die §§. 118, 121, 122 in nahem Zusammenhange mit der Vorschrift des Entwurfs über die Antretung des Urkundenbeweises (§. 372). Die Partei kann sich auf die Vertheidigung gegen eine in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Urkunde nur vorbereiten, wenn sie vor dem Verhandlungstermine Kenntniß von dem Inhalte der Urkunde erhält — und kann sich über die Echtheit einer Privaturkunde sofort nach erfolgter Vorlegung nur erklären, wenn sie vor dem Verhandlungstermine die Einsicht der Urkunde fordern darf (vgl. Motive zum preuß. Entw. S. 72, 73). In beiden Beziehungen treffen die §§. 118, 121 Vorsorge. Die Voraussetzung für die Verpflichtung zur Mittheilung einer Abschrift und zur Gestattung der Einsicht ist, daß die Urkunde sich in den Händen der Partei befindet und daß die Partei in dem vorbereitenden Schriftsatze auf die Urkunde Bezug genommen hat."

1) Zu diesem Paragraphen schlug in der Justizkommission der Abg. Dr. Bähr vor:

in Absatz 1 die Worte „in Urschrift oder" zu streichen und bemerkte hiezu: Unter dem „vorbereitenden Schriftsatze" verstehe er denjenigen, welcher

dem Gegner mitgetheilt werden solle: diesem könne die Partei doch nicht die Urschrift der Urkunde beifügen, vielmehr könne letztere nur an das Gericht abgegeben werden.

Hierauf wurde Seitens der Regierungsvertreter (Direktor von Amsberg und Geh. Oberjustizrath Kurlbaum) entgegnet: Nach der Meinung des Entwurfs solle der Gegner und das Gericht nur Abschriften erhalten, die Urschrift dagegen bei den Akten desjenigen, welcher zustellen läßt, bleiben. — Vergl. §. 166 des Entw. — Eine abschriftliche Mittheilung der Urkunde sei aber nur dann zu erreichen, wenn bestimmt werde, daß dieselbe Urkunde, sei es in Abschrift oder in Urschrift, der Urschrift des vorbereitenden Schriftsatzes beigefügt werde.

Nach dieser Aufklärung zog Abg. Dr. Bähr seinen Antrag zurück (Komm.-Prot. S. 43). Vgl. hiezu §§. 124, 156.

2) Wenn in einem Schriftsatze auf die Vollmachtsurkunde Bezug genommen ist, so findet Abs. 1 dieses Paragraphen auch auf sie Anwendung. Begnügt sich aber der Gegner mit der zugestellten Abschrift nicht, so muß die „Vollmachtsurkunde" zu den Gerichtsakten abgegeben werden.

In der Justizkommission wurde bei der Diskussion über den §. 120 des Entwurfs (§. 124) von dem Abg. Dr. Bähr beantragt: dem Abs. 1 des §. 120 (des Entw.) folgenden Zusatz zu geben:

„denselben sind die in Bezug genommenen Urkunden einschließlich der im letzten Absatz des §. 118 (= 122) erwähnten in Urschrift oder Abschrift beizufügen.

„Die zur Nachweisung der Prozeßlegitimation dienenden Urkunden sind stets in Urschrift oder beglaubigter Abschrift mit dem ersten von der Partei erstatteten Schriftsatze einzureichen."

Der Antragsteller führte aus: Zum Verständniß der vorbereitenden Schriftsätze sei es nöthig, dem Gerichte die in Bezug genommenen Urkunden in Urschrift oder Abschrift vorzulegen, dieß spreche Absatz 1 aus. — Der zweite Absatz beruhe darauf, daß in Anwaltsprozessen das Gericht die Vollmacht nicht von Amtswegen zu prüfen habe. Deshalb müsse der Verklagte in die Lage gebracht werden, stets selbst die Aktivlegitimation des Klägers prüfen zu können. Zudem habe jede Partei ein Interesse, daß die Vollmacht des gegnerischen Sachwalters sicher aufbewahrt werde, damit sie der Gegenpartei, falls diese später, nachdem der Prozeß entschieden worden, die Ertheilung der Vollmacht bestreiten oder deren Zurücknahme behaupten sollte, die für die Dauer des Prozesses geschehene Bevollmächtigung nachweisen könne.

Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg bemerkte gegen den Bähr'schen Antrag: der erste Absatz könnte, der Absicht des Entwurfs ent-

gegen, dahin führen, daß dem Gericht mehr mitgetheilt werden müßte, als der Gegenpartei. Die praktische Folge des zweiten Absatzes würde sein, daß jeder Anwalt, auch wenn es die Partei nicht fordere, dem Gerichte sich legitimiren müßte. Diesen Gedanken habe die Kommission zu §. 82 des Entwurfs bereits abgelehnt. — Wenn es aber der Gegner verlange, müsse auch ohne den Bähr'schen Antrag die Urschrift der Vollmacht vorgelegt werden.

Abg. Reichensperger machte für den Antrag Bähr geltend: Gerade weil nicht das Amt als solches den Anwalt legitimire, sondern die Beibringung einer ausdrücklichen Vollmacht erfordert werde, anderseits aber das Gericht nicht von Amtswegen diese Vollmacht prüfe, habe jede Partei ein besonderes Interesse daran, ihrem Prozeßgegner später leicht nachweisen zu können, daß derselbe dem ihn vertretenden Anwalt auch wirklich Vollmacht ertheilt habe. Das Beweismittel werde ihm nur dadurch gesichert, daß die Vollmacht in Urschrift bei Gericht hinterlegt werde.

Abg. Thilo gegen den Antrag Bähr: Jede Partei müsse ohnedieß ihrem Gegner die Ertheilung der Vollmacht nachweisen; sei dieß geschehen, so könne später der Machtgeber nach §. 81 des Entw. sich nur dann auf eine Rücknahme der Vollmacht berufen, wenn er dem Gegner davon Anzeige gemacht und resp. einen neuen Anwalt bestellt habe.

Abg. Bernards ebenfalls gegen den Antrag Bähr: Bezweifle eine Partei die Echtheit der gegnerischen Vollmacht, so könne sie in der mündlichen Verhandlung Vorlegung der Urschrift fordern und dann, wenn sie noch Bedenken habe, verlangen, daß die Unterschrift beglaubigt werde. Wenn dann später in einem neuen Termin die beglaubigte Vollmacht vorgelegt werde, so lasse sich darüber eine Bemerkung in das Protokoll aufnehmen; dadurch erlange der andere bei Gericht ein sicheres Beweismittel. — Der Antrag Bähr wurde bei der Abstimmung abgelehnt (Komm.-Prot. 46, 47).

3) Ueber die Urkundenmittheilung im Anwaltsprozeß unter den Rechtsanwälten vgl. §. 126.

Ueber die Pflicht zur Vorlage der Originalurkunde bei Gericht, über deren Verbleiben auf der Gerichtsschreiberei und die Antretung des Urkundenbeweises vgl. §§. 133, 134, 408, 385, 386.

4) Die Nichtbefolgung der Vorschriften des §. 122 hat Rechtsnachtheile in der Sache selbst ebensowenig zur Folge wie die Unterlassung der Zustellung von vorbereitenden Schriftsätzen überhaupt oder der Mangel der in §. 121 aufgezählten Erfordernisse. Die Nachtheile der Nichtbeachtung beschränken sich auf die in §. 120 Nr. 2 genannten. (Vgl. Mot. zu §. 123.)

Eine Ausnahme ist begründet für den Urkundenprozeß, in welchem die Beifügung der betr. Urkunde geboten ist, wenn die Klage nicht in der angebrachten Art (als Urkundenklage) abgewiesen werden soll. (§. 556.)

5) Bezüglich der Vorlage von Handelsbüchern bleibt es bei den Bestimmungen der Artikel 38 und 40 des allg. deutschen Handelsgesetzbuchs. (Vgl. EG. zur CPO. §. 13 Abs. 1). — Art. 37 Satz 2 und Art. 39 des Handelsgesetzbuchs sind dagegen aufgehoben. (EG. zur CPO. §. 13 Ziff. 1).

---

§. 123. (§. 119 des Entw.)

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher neue Thatsachen oder ein anderes neues Vorbringen enthält, ist mindestens eine Woche, wenn er einen Zwischenstreit betrifft, mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen.

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher eine Gegenerklärung auf neues Vorbringen enthält, ist mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen. Die Zustellung einer schriftlichen Gegenerklärung ist nicht erforderlich, wenn es sich um einen Zwischenstreit handelt.

Motive: „Die im §. 119 normirten Minimalfristen können nach §. 197 abgekürzt werden und haben nur für diejenigen Schriftsätze Bedeutung, für deren Zustellung in dem Entwurf nicht besondere Fristen festgesetzt sind, was in Betreff der wichtigeren vorbereitenden Schriftsätze geschehen ist (vgl. §§. 226, 235, 460, 463, 493, 495, 524).

„Aus der Natur der vorbereitenden Schriftsätze folgt, daß die Unterlassung der Zustellung eines vorbereitenden Schriftsatzes an den Gegner Rechtsnachtheile in der Sache selbst nicht zur Folge haben kann (§. 116 Abs. 1). Dasselbe gilt, wenn der vorbereitende Schriftsatz nicht zeitig zugestellt wird oder wenn sonstige die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung betreffende Bestimmungen (vgl. §§. 118, 120, 121) nicht beachtet werden. Indessen hat die Partei, welche den Vorschriften der §§. 116—121 zuwiderhandelt und dadurch bewirkt, daß die Verhandlung der Sache in dem bevorstehenden Termine nicht vollständig durchgeführt werden kann, die durch ihr Verschulden veranlaßten Kosten des verzögerten Prozesses, insbesondere die Kosten der Terminsverlegung (§. 88) zu tragen. Unnöthig erschien es, die dem hannov. Entw. §§. 126, 134 und der württemberg. Proz.-Ordn. Art. 187, 198 nachgebildete Bestimmung des nordd. Entw. §. 306:

„Die mündliche Verhandlung kann auf Antrag vertagt werden, wenn eine Partei erklärt, außer Stande zu sein, die Sache vollständig zu verhandeln, insbesondere wenn der Gegner die rechtzeitige Mittheilung oder Niederlegung eines Schriftsatzes oder

einer Urkunde unterlassen hat oder wenn durch ein neues Vorbringen weitere Erhebungen erforderlich werden;"

in den Entwurf aufzunehmen; es reichen in dieser Beziehung die generellen Vorschriften der §§. 198, 199 aus, da selbstverständlich die Unterlassung der rechtzeitigen Mittheilung eines Schriftsatzes u. s. w. geeignet sein kann, den für den Antrag auf Verlegung oder Vertagung eines Termins erforderlichen „erheblichen Grund" (§. 195 Abs. 2) abzugeben."

1) Zu §. 119 des Entwurfs hatte Abg. Dr. Grimm in der Justizkommission zwei Anträge gestellt:

a) die Worte „welche neue Thatsachen ...." bis „enthält" zu streichen.

b) als §. 119a einzufügen den oben in den Motiven citirten §. 306 des Nordd. Entwurfs.

Beide Anträge wurden jedoch zurückgezogen.

2) In den Fällen des §. 306 des Nordd. Entwurfs kann auf Antrag oder von Amtswegen Verlegung des Termins (§. 205 Abs. 2) oder Vertagung der Verhandlung (§. 206) mit der Folge des §. 90 für den schuldhaften Prozeßgegner verfügt werden.

3) Unter dem „andern neuen Vorbringen" außer dem von neuen Thatsachen hat man keinesfalls rechtliche Ausführungen zu verstehen, da diese überhaupt nicht zu den Erfordernissen der vorbereitenden Schriftsätze zählen. Man wird vielmehr an die Angabe von Beweismitteln und an die Erweiterung oder Vermehrung der Petita zu denken haben.

4) Ueber die Berechnung der in diesem Paragraphen vorgeschriebenen Fristen vgl. unten §. 199. Ueber den Begriff des Zwischenstreits §. 275.

5) Die Fristen dieses Paragraphen werden insbesondere praktisch werden für die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung über das Beweisverfahren (§. 258), über die Ergänzung des Urtheils nach §. 291, über die Ergebnisse des vorbereitenden Verfahrens in Rechnungssachen (§. 317) und in denjenigen Fällen, in welchen die mündliche Verhandlung nur fakultativ ist (s. o. zu §. 119 Nr. 2).

---

§. 124. (§. 120 des Entw.)

Die Parteien haben eine für das Prozeßgericht bestimmte Abschrift ihrer vorbereitenden Schriftsätze und der Anlagen auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Diese Niederlegung erfolgt zugleich mit der Ueberreichung der Urschrift, wenn eine Terminsbestimmung oder wenn die Zu-

stellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers erwirkt werden soll, anderenfalls sofort nach erfolgter Zustellung des Schriftsatzes.

Motive: Vergl. oben die Motive zu §. 121.

1) Zu §. 120 des Entwurfs beantragte in der ersten Lesung der Justizkommission Abg. Klotz, denselben zu streichen, im Wesentlichen mit der Motivirung, daß die Annahme dieses Paragraphen der Tod des mündlichen Verfahrens sei, weil die mündliche Verhandlung vor Richtern, welche aus den vorher niedergelegten Schriftsätzen informirt seien, zu einem Abklatsch dieser Schriftsätze zu werden und die Frische der Unmittelbarkeit zu verlieren drohe. Dieser Antrag wurde nach seiner Ablehnung in erster Lesung in zweiter Lesung von dem Abg. Klotz und später von dem Abg. Herz ohne Erfolg wiederholt. (Komm.-Prot. S. 43—46; 524, 525, 663.) Hierauf wurde Seitens der Regierung und aus der Mitte der Kommission, wie mir scheint, mit Recht entgegnet, daß die geschilderte Gefahr nur bestünde, wenn die Schriftsätze einen entscheidenden Werth besäßen, wie z. B. im bisherigen bayerischen Verfahren und wenn sie obligatorisch wären. Da aber weder das Eine noch das Andere der Fall ist und der Inhalt derselben sich auf die kürzesten Angaben beschränken kann, so wird in der That die Lebendigkeit der Verhandlung nicht leiden, falls es nur die Anwälte verstehen, sich die nöthige Mäßigung in den Schriftsätzen aufzuerlegen.

2) Nur die Schriftsätze und Anlagen sind zu deponiren, nicht dagegen die in §. 122 Abs. 3 bezeichneten Urkunden. Nachtheile in der Sache selbst sind bei Nichtbefolgung der Vorschrift dieses Paragraphen nicht angedroht. Das Gericht könnte nach §. 206 vertagen, falls es den Schriftwechsel bezw. die Niederlegung der Schriftsätze für erforderlich erachtet (s. zu §. 125 Nr. 1); es wird aber wohl kaum ohne den Vorwurf der Justizverweigerung von dieser Befugniß auf die Dauer solchen Parteien gegenüber Gebrauch machen können, welchen daran liegt, durch Unterlassung der Niederlegung vor ein gänzlich unbefangenes Gericht zu treten.

3) Die Aufstellung eines Referenten für die Berathung des Gerichts ist nicht geboten, aber auch nicht ausgeschlossen (vgl. §. 199 des GVG. und die Komm.-Prot. zu §. 122a S. 50; s. u. zu §. 127 Nr. 1).

4) Der formelle Gang bei der Niederlegung ist verschieden, wo eine Terminsbestimmung oder Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsschreibers erwirkt werden soll und wo dieser Zweck nicht verfolgt wird. Ersternfalls (§§. 193, 152) soll bei der Gerichtsschreiberei eingereicht werden: die Urschrift mit der Abschrift des bezüglichen Schriftsatzes. Die Urschrift erholt die Partei nebst der Terminsfixirung zurück bezw. es wird, wenn es sich

um Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsschreibers handelt, die Urschrift dem Zustellungsorgan behufs Zustellung übergeben und nach geschehener Zustellung der Partei zurückgestellt (§. 156). Letzterenfalls wird nur eine Abschrift und zwar erst nach Zustellung des Schriftsatzes deponirt.

5) §. 124 ist nicht auf den Anwaltsprozeß beschränkt, kommt aber selbstverständlich im Parteiprozeß nur insoweit zur Anwendung, als von den Parteien die Vorbereitung durch Schriftsätze beliebt wird.

---

§. 125. (§. 121 des Entw.)

Die Partei ist, wenn sie rechtzeitig aufgefordert wird, verpflichtet, die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie in einem vorbereitenden Schriftsatze Bezug genommen hat, vor der mündlichen Verhandlung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und den Gegner von der Niederlegung zu benachrichtigen.

Der Gegner hat zur Einsicht der Urkunden eine Frist von drei Tagen. Die Frist kann auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert oder abgekürzt werden.

Motive: „Die Vorschrift des §. 121 ist dem Code de proc. art. 188 (vergl. Hannover §. 134, Württemberg Art. 185, hannov. Entw. §. 124, preuß. Entw. §§. 325, 326, nordd. Entw. §. 193) nachgebildet und hat sich für die Beschleunigung des Verfahrens förderlich erwiesen (hannov. Prot. IX S. 3190). Eben deshalb ist sie auch nicht, wie es z. B. von dem preuß. Entwurf (§§. 325, 580) geschehen ist, auf Anwaltsprozesse beschränkt worden (hannov. Prot. I S. 279—286)."

1) Zu §. 121 des Entwurfes wurde von Dr. Bähr der Abänderungsantrag eingebracht:

in §. 121 hinter „Bezug genommen hat" einzuschalten:

„insoferne dieselben nicht bereits urschriftlich dem bei Gericht eingereichten Schriftsatz (§. 120 des Entw.) beigefügt sind, in Urschrift vor der mündlichen Verhandlung" u. s. w.

Dieser Antrag wurde zurückgezogen, veranlaßte aber den Antragsteller zu folgender Erklärung: „Er verstehe den §. 120 des Entw. dahin, daß ein Rechtsnachtheil darauf, wenn die Anwälte die Niederlegung der Schriftsätze unterließen, nicht gesetzt sei; er erbitte sich Aufschluß darüber, wie der §. 74 (des Entw. = §. 76 der CPO.) zur Ausführung komme.

Der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg erwiderte: „Die

Unterlassung der Niederlegung der Schriftstücke auf der Gerichtsschreiberei habe zwar keine Prozeßnachtheile zur Folge, aber das Gericht werde in diesem Falle gewöhnlich Vertagung eintreten lassen. Die Vorschriften des §. 74 (des Entw.) würden folgendes Verfahren hervorrufen: Wenn der Kläger in der Klage auf eine Vollmacht Bezug nimmt, so hat er Abschrift der Vollmacht mit der Klage dem Gegner zuzustellen. Dieser kann das Original zur Einsicht verlangen; dann kehrt dasselbe zu den Akten des Klägers zurück. Bezüglich der Vollmacht des Beklagten würde sich die Sache nicht anders gestalten" (Komm.-Prot. S. 49).

Was bei diesen Verhandlungen erster Lesung weiter über die Nichtdeponirung der Vollmacht zu den Gerichtsakten erörtert wurde, ist dadurch bedeutungslos geworden, daß in zweiter Lesung ausdrücklich die Nothwendigkeit der Deponirung ausgesprochen wurde. (S. oben zu §. 76 S. 275.)

2) §. 125 steht in unverkennbarer Beziehung zu §. 122, indem die Pflicht zur Niederlegung alle in diesem Paragraphen genannten Urkunden umfaßt. Die Niederlegungspflicht (s. dagegen §. 126) besteht jedoch nur einer rechtzeitigen Aufforderung gegenüber. Ob die Aufforderung rechtzeitig sei, muß das Gericht nach freiem Ermessen entscheiden. Die Nichtbefolgung dieser Pflicht zieht materielle Nachtheile nicht nach sich. Insbesondere verliert die betr. Urkunde, wenn sie später benützt wird, nichts an ihrer Beweiskraft. Aber der Gegner, welcher rechtzeitig aufgefordert hat, kann Vertagung auf Kosten des Ungehorsamen verlangen. (§§. 206, 90).

3) Für die Aufforderung zur Niederlegung und die Benachrichtigung von der geschehenen Niederlegnng sind bestimmte Formen nicht vorgeschrieben. Im Anwaltsprozesse wird die Zustellung eines förmlichen Schriftsatzes die Regel bilden, im Parteiprozesse kann §. 463 zur Anwendung gelangen. Allein es steht nichts entgegen, daß beispielsweise eine briefliche Aufforderung bezw. Benachrichtigung als zulässig erachtet wird; nicht einmal der Wirksamkeit einer mündlichen Aufforderung bezw. Benachrichtigung ließe sich eine Gesetzesstelle entgegen halten. (A. M. ohne Grundangabe L. Seuffert, Commentar §. 125 Nr. 3.)

4) Die Versäumung der dreitägigen Einsichtsfrist, welche nach §. 199 zu berechnen ist, berechtigt den zur Niederlegung Verpflichteten jedenfalls zur Rücknahme seiner Urkunden. Der Gegner kann zwar in jedem späteren Stadium die Einsicht der Urkunde in der mündlichen Verhandlung begehren, jedoch einen Vertagungsantrag nicht mehr darauf stützen, daß er die Urkunde nicht auf der Gerichtsschreiberei eingesehen habe.

5) Das Objekt der Niederlegung bildet die betreffende Urkunde selbst, d. h. das Original, welches sich in den Händen der Partei befindet. (Vgl. zu §. 122 Nr. 1.)

6) Auf Vollmachtsurkunden findet §. 125 zwar ebenfalls Anwendung, §. 76 Abs. 1 geht aber in Beziehung auf diese weiter, indem er Uebergabe derselben zu den Gerichtsakten vorschreibt.

Nach Anderen (Lothar Seuffert a. a. O. §. 125 Nr. 1, und Puchelt, Commentar §. 126 Nr. 2) soll §. 125 auf die Vollmachtsurkunden wegen §. 76 Abs. 1 überhaupt keine Anwendung finden. Diese Meinung scheint mir aber deßhalb nicht richtig, weil §. 125 ganz allgemein von den in Bezug genommenen Urkunden und deren Einsicht, §. 76 Abs. 1 dagegen von dem Nachweise der Bevollmächtigung handelt, nach welchem die Urkunde zu den Gerichtsakten zu übergeben ist. Nun ist aber klar, daß das in §. 125 vorgesehene Verfahren mit dem Beweisverfahren nichts gemein hat und vielmehr in der Zeit vor der mündlichen Verhandlung liegt. (vgl. §. 385).

---

§. 126. (§. 122 des Entw.)

Den Rechtsanwälten steht es frei, die Mittheilung von Urkunden von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung zu bewirken.

Giebt ein Rechtsanwalt die ihm eingehändigte Urkunde nicht binnen der bestimmten Frist zurück, so ist er auf Antrag nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zur unverzüglichen Zurückgabe zu verurtheilen.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

Motive: „Den Rechtsanwälten steht es frei, die Mittheilung von Urkunden zur Einsicht von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung zu bewirken. Um diese direkte Mittheilung zu fördern, da dieselbe aus äußern und innern Gründen der Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei vorzuziehen ist, hat der §. 122 — in Uebereinstimmung mit Württemberg Art. 186, Bayern Art. 174, hannov. Entw. §. 125, preuß. Entw. §§. 328, 329, nordd. Entw. §. 194 — für den Fall der Verzögerung der Rückgabe strenge Bestimmungen getroffen. Das Verfahren gegen den säumigen Rechtsanwalt wird, analog den Fällen der §§. 67, 340, als Zwischenstreit mit einem Dritten behandelt. Gegen das Urtheil — Zwischenurtheil genannt, weil es einen Zwischenstreit entscheidet — findet in Gemäßheit der in der allgemeinen Begründung §. 11 entwickelten Grundsätze nur die Beschwerde und zwar als sofortige und ohne eine die Vollstreckung aufschiebende Wirkung statt."

1) Zu §. 122 des Entwurfs fragte Abg. Hauck in der Justizkommission bei der Regierung an, ob ein Anwalt, der entgegen dem Wunsche seiner Partei in Gemäßheit dieses Paragraphen dem Gegner eine Urkunde im Originale mittheile, durch die Vorschriften dieses Paragraphen der Haftung enthoben sei, wenn die Urkunde zu Verlust geht.

Der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg erwiderte: §. 132 habe nur prozessuale Bedeutung und berühre das Verhältniß zwischen Anwalt und Partei in keiner Weise. (Komm.-Prot. S. 50.)

2) Das Verhältniß, in welchem §. 126 zu §. 125 steht, ist nicht so zu denken, daß der erstere den letzteren ausschließt, m. a. W. daß, wo Rechtsanwälte betheiligt sind, die Mittheilung der Urkunde von Hand zu Hand nothwendig an die Stelle der Niederlegung nach §. 125 träte. Vielmehr soll nur der Anwalt berechtigt sein, dem nach §. 125 gestellten Verlangen des gegnerischen Rechtsanwaltes auch durch Mittheilung von Hand zu Hand zu genügen. Dieses Verlangen wird aber immer nothwendig sein, wenn auf die Nichteinsicht der Urkunde ein Vertagungsantrag begründet werden will.

3) Die Stellung des §. 126 im ersten Buche des Gesetzes (Allgemeine Bestimmungen) zeigt, daß derselbe auch im Parteiprozesse überall anwendbar ist, wo die streitenden Theile durch Rechtsanwälte vertreten sind. (Anders im bayr. Prozeß vgl. CPO. Art. 172 ff.)

4) Wird von der Befugniß des §. 126 unter Anwälten Gebrauch gemacht, so muß die Mittheilung von Hand zu Hand entweder begleitet oder gefolgt sein von der Bestimmung einer Frist innerhalb welcher die Rückgabe der Urkunde geschehen muß. Wo eine derartige Fristbestimmung fehlt, kann Antrag auf Verurtheilung zur Rückgabe nicht wirksam gestellt werden.

5) Die Entscheidung auf den Antrag — das Zwischenurtheil — ist vollstreckbar nach §§. 702 Ziff. 3; 703; 662; 769; 782. Findet sich die Urkunde bei dem zur Rückgabe Verpflichteten nicht mehr vor, so bleibt dem Gegner Klage auf Leistung des Interesse vorbehalten (§. 778). Dem §. 126 analoge Bestimmungen s. in Art. 173, 174 der bayerischen CPO.

Ueber „Zwischenurtheil" und „sofortige Beschwerde" vgl. §§. 275 u. 540.

---

§. 127. (§. 123 des Entw.)

Der Vorsitzende eröffnet und leitet die mündliche Verhandlung.

Er ertheilt das Wort und kann es demjenigen, welcher seinen Anordnungen nicht Folge leistet, entziehen.

Er hat Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörter-

ung finde und die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde; erforderlichenfalls hat er die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen.

Er schließt die Verhandlung, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist, und verkündet die Urtheile und Beschlüsse des Gerichts.

1) Vor dem §. 123 des Entwurfs hatte der Abg. Dr. Bähr die Einschaltung eines §. 122a folgenden Inhalts beantragt:

„Vor der mündlichen Verhandlung sind die Gerichtsakten dem Vorsitzenden und mindestens noch einem weiteren Gerichtsmitgliede, welches für die Urtheilsfällung Berichte zu erstatten hat, zuzustellen."

Zur Begründung dieses Antrags brachte der Antragsteller vor: Es sei mehrfach geäußert worden, die auf der Gerichtsschreiberei niedergelegten Schriftstücke seien bestimmt, dem Vorsitzenden Gelegenheit zur Vorbereitung für die öffentliche Verhandlung zu geben. Der Vorsitzende sei aber nach seiner Ansicht für die eigentliche Sachleitung die minder passende Persönlichkeit. Derselbe sei in der Regel stark mit Arbeit belastet, habe Administrativgeschäfte zu besorgen und erhalte, wenn zum Gewicht des Vorsitzes auch noch die den Beisitzern abgehende Vorkenntniß des Aktenmaterials hinzutrete, eine derartige Präponderanz über die Beisitzer, daß das Prinzip der Kollegialität verloren gehe.

Nachdem sich die Abgg. Herz und Becker, Ersterer, weil er den Zweck des Bähr'schen Antrags schon durch §. 120 des Entwurfs erreicht laubt, Letzterer, weil er denselben als eine verwerfliche Rückkehr zum Referatswesen bezeichnet, gegen den Antrag ausgesprochen, wurde derselbe von der Kommission abgelehnt.

Zu Abs. 1 u. 2 dieses Paragraphen vgl. §. 177 des GVG. oben S. 385.

2) Der Termin für eine mündliche Verhandlung beginnt, wie jeder Termin, mit Aufruf der Sache durch den Vorsitzenden (§. 197); der Schluß desselben erfolgt durch ausdrückliche Erklärung des Vorsitzenden oder durch konkludente Handlungen. Zu den letzteren sind zu rechnen: a) Verkündung eines Urtheils oder Beschlusses unmittelbar nach verhandelter Sache, die wohl häufig bei Versäumnißurtheilen, Vertagungsbeschlüssen, Beschlüssen, durch welche die Verkündigung des Urtheils ausgesetzt wird, vorkommen mag, da die Vorschrift des GVG. §. 195 über den nicht öffentlichen Charakter der Berathung und Abstimmung bei so einfachen Sachen gewahrt ist, wenn die Richter sich leise unter einander verständigen, ohne sich bezw. das Publikum und den Gerichtsschreiber aus dem Sitzungssaale zu entfernen.

In der bayerischen Praxis ist dieß wenigstens stets so geschehen.

b) Uebergang zu einer andern Verhandlung durch Aufruf derselben. Es ist nemlich nicht gesetzlich bestimmt, daß über einen Rechtsstreit sogleich nach dessen Verhandlung Berathung resp. Entscheidung stattzufinden habe. Vielmehr ist möglich, daß mehrere für einen Termin angesetzte Verhandlungen nach einander vorgenommen werden und am Schlusse der letzten erst der Gerichtshof zur Berathung schreitet. Auch diese Methode wurde von manchen bayerischen Gerichten praktisch geübt.

c) Der Beginn der Berathung, wozu sich der Gerichtshof zurückzieht oder die Entfernung aller andern im Sitzungssaale Anwesenden anordnet, ohne daß ausdrücklich Schluß der Verhandlung erklärt wird.

Die Fixirung des Zeitpunktes, in welchem die Verhandlung als geschlossen zu gelten hat, ist deßhalb von Bedeutung, weil davon die Beantwortung der Frage abhängt, ob der Termin, resp. die in denselben vorzunehmenden Prozeßhandlungen versäumt sind.

Vgl. §§. 197 Abs. 2; 209 Abs. 2; 295 ff.

3) Die Befugniß des Vorsitzenden zur Entziehung des Wortes ist zwar objektiv beschränkt dadurch, daß ein Ungehorsam gegen die sachleitenden Anordnungen des Vorsitzenden vorliegen muß, bezüglich der Subjekte jedoch unbeschränkt; demnach kann in diesen Fällen auch einem Rechtsanwalt das Wort entzogen werden. (Anders in Fällen des §. 143.)

Die prozessualen Nachtheile der Entziehung des Wortes sind nach den Umständen des Falles verschieden zu beurtheilen. Daß einer Partei das Wort entzogen werde, bevor sie noch verhandelt hat, ist wohl kaum zulässig. (A. M. L. Seuffert a. a. O. §. 127 Nr. 2.) Denn Entziehung setzt Besitz voraus. Sobald aber der Partei das Wort ertheilt ist zur Verhandlung und sie von demselben Gebrauch macht, kann sie nicht mehr als nicht verhandelnd angesehen werden. Zwar ist die Frage, ob eine Partei verhandelt hat oder nicht, eine Thatfrage (vgl. Motive zu §. 288. Hannov. Prot. S. 1695, 1701 ff., 1733 ff., 1736 ff.); allein nachdem in den §§. 143, 144 unter den dort bezeichneten Voraussetzungen die Ungehorsamsfolgen ausdrücklich zugelassen werden, sind dieselben bei einfacher Entziehung des Wortes nicht als selbstverständlich zu erachten, zumal da trotz der Entziehung des Wortes die Vorschriften des §. 129 Anwendung zu finden haben. Ein Versäumnißurtheil wird demnach m. E. auf Grund des entzogenen Wortes nicht ergehen können. Dagegen wird entweder Vertagung auf Kosten des Ungehorsamen (§§. 206, 90) eintreten können oder nach Umständen zwar Urtheil erlassen werden, jedoch der Ungehorsame die Gefahr zu übernehmen haben, daß seine Sache nicht die gehörige Beleuchtung findet und deßhalb dem Gerichte in einen ihm ungünstigen Lichte erscheint.

Vor Collegialgerichten kann gegen die Entziehung des Wortes Entscheidung des Collegiums provozirt werden (§. 131).

Als „Vorsitzender" gilt bei den Amtsgerichten der Amtsrichter. (Vgl. Prot. z. GVG. S. 40, 41.)

Zu Abs. 3 dieses Paragraphen sind zu vergleichen §§. 129, 130. Die Schließung der Verhandlung steht dem Vorsitzenden nur zu, wenn das Gericht die Sache für genügend aufgeklärt hält. Um diese Ansicht des Gerichts zu konstatiren, bedarf es nicht einer förmlichen Berathung und Abstimmung. Es genügt, wenn auf die erklärte Meinung des Vorsitzenden, daß die Sache genügend erörtert sei, zustimmende Zeichen oder kein Widerspruch Seitens der Beisitzer erfolgen. Eine geschlossene Verhandlung kann wiederaufgenommen werden (§. 142).

Ueber die Verkündung der Urtheile und Beschlüsse vgl. §§. 281—283, 294. Die Verkündung der Entscheidungsgründe muß nicht durch den Vorsitzenden erfolgen, da dieselbe nach §. 282 Abs. 2 überhaupt keinen nothwendigen Bestandtheil der Urtheilsverkündung bilden.

---

§. 128. (§. 124 des Entw.)

Die mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen.

Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten; sie haben das Streitverhältniß in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen.

Eine Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung ist unzulässig. Die Vorlesung von Schriftstücken findet nur insoweit statt, als es auf den wörtlichen Inhalt derselben ankommt.

In Anwaltsprozessen ist neben dem Anwalte auch der Partei selbst auf Antrag das Wort zu gestatten.

Motive: „In Anwaltsprozessen müssen die Anträge durch Verlesung derselben gestellt werden (§. 254). Nachdem das Gericht durch die Anträge im Allgemeinen von der Sachlage in Kenntniß gesetzt ist, folgen die Vorträge der Parteien. Ein Ablesen der Schriftsätze ist nicht zu gestatten: durch das Ablesen würde die mündliche Verhandlung ihre wesentliche Bedeutung verlieren und zu einer leeren Form herabsinken."

1) Zu §. 124 des Entw. beantragte Abg. Dr. Wolffson bei erster Lesung in der Justizkommission:

im Abs. 3 nach „unzulässig" hinzuzufügen:

„außer wenn sich der Inhalt derselben nicht zu mündlicher Mittheilung eignet"

und begründete den Antrag dahin: „derselbe bezwecke zu verhüten, daß umfangreiche, beim Vorlesen schwer verständliche Dokumente, z. B. Rechnungen, abgelesen werden müßten.

Der Antrag wurde vom Abg. Reichensperger unterstützt, welcher die allgemeine Vorschrift des Entwurfs unter Verweisung auf umfangreiche Vormundschaftsrechnungen und dgl. für zu weit gehend und unpraktisch erachtet.

Der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg erwiderte: „der Abs. 3 bezwecke hauptsächlich, zu verhindern, daß eine Partei oder deren Anwalt vor Gericht auftrete, ein Schriftstück hervorziehe und sich darauf beschränke, den Richter auf dieses Schriftstück als seine Erklärung zu verweisen. Die Worte „„statt mündlicher Verhandlung"" ließen deutlich ersehen, daß es der Intention des Entwurfs nicht entspreche, jegliche Bezugnahme auf ein Dokument abzuschneiden. Es sei dem richterlichen Ermessen zu überlassen, wie weit hierin gegangen werden dürfe. Für verwickelte Rechnungssachen enthalte übrigens der Entwurf den Rechnungsprozeß."

Schließlich wurde der Antrag Wolffson abgelehnt (Komm. Prot. S. 50). In der zweiten Lesung bemerkte Abg. Gaupp: „Bei einer früheren Gelegenheit sei in der Kommission ausgesprochen worden, die „„Partei"" sei diejenige Person, welche über den Prozeß disponire, die Eide zu leisten habe u. s. w. In Abs. 4 des §. 124 (des Entw.) werde der Ausdruck „„Partei"" neben und im Gegensatz zum Anwalt gebraucht. Es frage sich nun, ob als „„Partei"" im Sinne dieses Absatzes auch diejenige Person, die „„neben dem Anwalt"" als General- oder Spezialbevollmächtigter auftrete, anzusehen sei; es handle sich hiebei namentlich darum, ob z. B. der Prokurist oder Buchhalter einer Handelsgesellschaft, der Referent des zur Vertretung des Fiskus legitimirten Kollegiums neben dem Anwalt unter Voraussetzung besonderer Vollmacht als „Partei" aufzutreten und das Wort zu ergreifen berechtigt sei?"

Direktor von Amsberg: „Weder ein General- noch ein Spezialbevollmächtigter könne jemals als Partei im Sinne dieses Paragraphen gelten." (Komm. Prot. S. 525.)

2) Ueber die Bedeutung des Begriffes Anträge s. o. zu §. 121 Ziff. 2.

3) Der Vortrag kann Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, welche sich als nicht befähigt zum mündlichen Vortrag erweisen, untersagt werden, soferne sie nicht Rechtsanwälte sind (§. 143).

4) Wird eine Verhandlung fortgesetzt oder wieder aufgenommen, so

ist die Verlesung der Schriftstücke, auf deren wörtlichen Inhalt es ankommt, zu wiederholen, wenn das Gericht aus anderen Richtern als bei der ersten Verhandlung zusammengesetzt ist, oder auch nur einer derselben oder der Prozeßgegner es verlangt. Dieß folgt aus dem Grundprinzip der CPO., wonach die Mehrheit der Verhandlungen über dieselbe Sache als ein Ganzes zu betrachten ist. (S. o. S. 395 f., ferner die Motive zu §. 129.)

5) Nach Abs. 4 dieses Paragraphen hat die mit dem Anwalt erschienene Partei in Anwaltsprozessen ein Recht, daß ihr auf Antrag das Wort verstattet werde. Sie unterliegt selbstverständlich den Vorschriften des §. 143. Vergl. außerdem §. 189 des GVG. oben S. 389. Als Partei ist zwar nicht der Spezial- oder Generalbevollmächtigte (s. Nr. 1), wohl aber der gesetzliche Vertreter einer Person zu betrachten. (Vgl. oben Motive S. 190 Z. 16 v. u. und Bemerkung Nr. 1 und 2 S. 191.) Die miterschienene Partei ist zur sofortigen Berichtigung und zum Widerruf von Geständnissen und anderen thatsächlichen Erklärungen des Anwalts berechtigt (s. o. §. 81 Nr. 2).

6) Damit die Vorträge der Parteien das Streitverhältniß in rechtlicher und thatsächlicher Beziehung umfassen, haben sie die in §§. 255, 256 bezeichneten Erklärungen zu enthalten (cf. §. 456).

---

§. 129. (§. 125 des Entw.)

Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Thatsachen zu erklären.

Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Thatsachen zulässig, welche weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind.

Motive: „Ueber die von der einen Partei behaupteten Thatsachen hat sich die andere Partei zu erklären. Ob ein allgemeines Ableugnen für ausreichend zu halten ist, muß im einzelnen Falle der Würdigung des Gerichts überlassen bleiben (vgl. nordd. Prot. I. 287, 288). Daß ein allgemeines Zugeständniß der speziellen Erklärung über die einzelnen Thatsachen überhebt, bedurfte keines besonderen Ausspruchs (vgl. hannov. Entw. §. 129 Abs. 2, nordd. Entw. §. 310 Abs. 2). Thatsachen, welche nicht eigene Handlungen der Partei oder nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmungen

gewesen sind, kann sie mit Nichtwissen beantworten, so daß dieselben in diesem Falle als bestritten angesehen werden müssen. Nach dem Grundsatze, daß eine Verhandlung, mag sie sich auch über mehrere Termine erstrecken, als ein Ganzes gilt, tritt das Präjudiz des Zugeständnisses erst mit dem Schlusse der Verhandlung ein: so lange ein neuer Termin oder eine Wiedereröffnung der Verhandlung (§. 136) die Möglichkeit einer Erklärung gewährt, können die bisher nicht bestrittenen Thatsachen noch bestritten werden.

Wie über Thatsachen, so haben sich die Parteien auch über die Echtheit von Privaturkunden (§. 391) und über zugeschobene Eide (§. 404) zu erklären. Erfolgt die Erklärung nicht, so ist die Urkunde als anerkannt, der Eid als verweigert anzusehen.

Die Mündlichkeit des Verfahrens kann ihre Vorzüge in vollem Umfange nur in Verbindung mit einem ausgedehnten und scharf durchgeführten Prozeßleitungsamte entfalten.

Wie bereits in der allgemeinen Begründung §. 4 bemerkt worden, sitzt der Vorsitzende, das Organ des Gerichts, den verhandelnden Parteien nicht ruhig und kalt, nur als Hörer gegenüber. Er leitet die Verhandlung, wirkt auf dieselbe fördernd ein und ist bei der Gestaltung des Rechtsstreits innerhalb der Grenzen der Verhandlungsmaxime mitthätig. Er hat demgemäß Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde und die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde; erforderlichen Falls hat er die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen (§. 123 Abs. 3)."

1) Im Entwurf (§. 125) folgte der jetzige Abs. 3 als Abs. 2 und der jetzige Abs. 2 erschien als dritter Absatz mit dem Eingange: „Außer diesem Falle sind Thatsachen" ꝛc.

Zu diesem Paragraphen ward in erster Lesung der Justizkommission zunächst von Abg. Struckmann beantragt:

den Abs. 1 dahin zu fassen:

„Jede Partei hat sich, den Fall des allgemeinen Zugeständnisses ausgenommen, über die von dem Gegner behaupteten Thatsachen bestimmt zu erklären"

und brachte vor: „Sein Antrag bezwecke gegenüber dem Regierungsentwurf eine präzisere Ausdrucksweise. Er lege hauptsächlichen Nachdruck auf das Wort „ „bestimmt." " Nehme man diesen Ausdruck an, so müsse dann bezüglich des allgemeinen Zugeständnisses eine Ausnahme statuirt werden."

Direktor von Amsberg bemerkte dagegen: „Man werde in die schwierige Lage kommen, darüber entscheiden zu müssen, was eine bestimmte

Erklärung sei, und was nicht. Das in §. 126 des Entwurfs vorgesehene richterliche Fragerecht sei ausreichend, eine entsprechende Parteierklärung herbeizuführen."

Sodann beantragte Abg. Klotz, den 2. Absatz des §. 125 (des Entw.) zu streichen und für den Fall der Streichung redaktionelle Aenderung des dritten Absatzes im §. 125 wie folgt:

„Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen."

Zur Begründung des Antrags führte derselbe an, daß man im Prozesse von jeder Partei eine präzise, nicht in der Luft schwebende Erklärung fordern müsse; der Richter dürfe nur mit bestrittenen oder unbestrittenen Thatsachen zu thun haben.

Abg. Struckmann äußerte gegen den Antrag Klotz:

„Eine Partei sei häufig in der Lage, ihre Erklärung nicht anders abgeben zu können, als daß sie die vom Gegner behauptete Thatsache nicht wisse und daher nicht zugestehen könne;" worauf Abg. Klotz erwiderte: „er wolle nichts Anderes, als daß die Partei erkläre: Mir ist diese Thatsache nicht bekannt, ich bestreite dieselbe."

Der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg bemerkte gegen den Antrag Klotz: „Antragsteller fasse den Abs. 2 des §. 125 anders auf, als er gemeint sei. Der Entwurf beabsichtige gerade, für den Fall daß eine Partei eine andere Erklärung abgeben könne, eine Erklärung auf Nichtwissen auszuschließen; allein es seien auch Fälle denkbar, in denen von einer Partei nicht mehr verlangt werden kann als eine Erklärung, daß sie diese oder jene Thatsache nicht kenne."

Abg. Dr. Völk äußerte sich in gleichem Sinne wie Vorredner und führte als Beispiel an, daß man von einem Geschäftsmanne, der vielleicht 100 Zahlungen an einem Tage empfange, nicht mehr verlangen könne, daß er sich der einzelnen Zahlungen erinnere und sich anders erkläre, als: ihm sei von dieser oder jener Zahlung nichts bekannt."

Auch Abg. Becker trat dem Antrage Klotz entgegen mit der Bemerkung: „Jede Partei müsse das Recht haben, zu sagen: Ich erinnere mich der Sache nicht, ohne daß der Richter diese Aeußerung als Zugeständniß auffassen müsse."

Die Anträge Struckmann und Klotz wurden abgelehnt (Komm.-Prot. S. 50, 51).

Bei der zweiten Lesung der Justizkommission und nachdem §. 125 bereits die gleiche Fassung und Ordnung der Absätze erhalten hatte, die §. 129 des Gesetzes zeigt, lag der Antrag des Abg. Gaupp vor, den Abs. 2 und 3 zu fassen, wie folgt:

„Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Thatsachen zulässig, welche nicht eigene Handlungen der Partei oder nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind, oder in Betreff welcher der Partei ein Wissen nicht zugemuthet werden kann, obgleich eigene Handlungen oder Wahrnehmungen in Frage stehen.

„Ob eine nicht ausdrücklich bestrittene oder unstatthafter Weise mit Nichtwissen beantwortete Thatsache für zugestanden oder bestritten zu erachten sei, hat das Gericht nach den Umständen zu beurtheilen".

Der Gedanke des Antragstellers ging dahin, daß die Bestimmung des Abs. 3 nicht nur außerordentlich hart sei, wenn sie formell angewendet werde, sondern auch unter Umständen ad absurdum führe. Man sei nämlich von sehr vielen eigenen Handlungen oft schon kurze Zeit nachher nicht mehr im Stande, bestimmt anzugeben, an welchem Tage man sie vorgenommen habe. Es sei geeigneter, die Frage, ob die Partei mit Nichtwissen antworten dürfe, in's richterliche Ermessen zu stellen, damit man die Anwälte nicht veranlasse, zu verneinen, wo sie eigentlich nur ein Nichterinnern behaupten wollten. Auch das Präjudiz des Abs. 2 bekämpfte der Antragsteller im Hinblick auf das Prinzip der Mündlichkeit und mit Rücksicht auf die §§. 249 und 472 des Entwurfs (jetzt §§. 259 u. 493). Der Antrag wurde aber schließlich abgelehnt, nachdem Seitens der Regierungen darauf hingewiesen worden war, daß der Gedanke des Antrags, soweit er praktisch verwerthbar sei, in §. 410 des Entwurfs (§. 424) verwerthet worden wäre (Komm.-Prot. S. 525, 526).

2) Das Unterlassen jeder Erklärung auf die gegnerischen Behauptungen hat das Präjudiz des Abs. 2 zur Folge. Aber auch die mangelhafte Erklärung kann es nach Abs. 2 u. 3 zur Folge haben.

Eine Erklärung auf die vom Gegner angegebenen Beweismittel ist hier nicht vorgeschrieben. Doch ergibt sich aus §§. 404 und 417, daß über Urkunden und Eideszuschiebungen die gleiche Erklärung wie über Thatsachen bei Vermeidung erheblicher Prozeßnachtheile nothwendig ist. Vergl. jedoch für den Parteiprozeß §. 468.

Die Nothwendigkeit, über eigene Handlungen und Wahrnehmungen sich affirmativ oder negirend zu erklären, erstreckt sich nicht soweit, daß auch der Eid über solche Thatsachen nur in der Form der Wahrheit oder Unwahrheit geleistet werden dürfte. Vielmehr ist hier die Bekräftigung der Ueberzeugung hinreichend, daß eine Thatsache wahr oder nicht wahr sei (§. 424 Abs. 2), wenn dem Schwurpflichtigen nach den Umständen des Falles nicht zugemuthet werden kann, die Wahrheit oder Nichtwahrheit zu beschwören.

Uebrigens geht aus den Verhandlungen der Justizkommission hervor, daß als Erklärung des Nichtwissens nicht die Bestreitung einer Thatsache zu

erachten sei, welche damit motivirt wird, daß man sich derselben nicht entsinne. Eine solche Motivirung ist an sich überflüssig, schadet jedoch nicht.

3) Die Wirkung der Fiktion des Zugeständnisses nach §. 129 Abs. 2 und 3 bemißt sich nach §§. 261—263. Tritt diese Fiktion in erster Instanz ein, so kann sie durch Berufung gemäß §. 493 unschädlich gemacht werden, während dieselbe Fiktion in der Berufungsinstanz die betreffende Thatsache endgiltig feststellt (§. 524).

4) Ausnahmen von den Vorschriften des §. 129 bezw. von den Wirkungen, welche seine Nichtbeachtung äußert, statuiren für den Ehe- und Entmündigungsprozeß die §§. 577, 611, 620, 624, 626. —

---

§. 130. (§. 126 des Entw.)

Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden.

Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.

Er hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.

§. 131. (§. 126a der Kommissionsvorlage.)

Wird eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden oder eine von dem Vorsitzenden oder einem Gerichtsmitgliede gestellte Frage von einer bei der Verhandlung betheiligten Person als unzulässig beanstandet, so entscheidet das Gericht.

Motive: „Als Mittel, um auf eine erschöpfende Erörterung der Sache hinwirken zu können, räumt der §. 126 ein umfassendes Fragerecht ein — in wesentlicher Uebereinstimmung mit Hannover §. 111, Baden §. 276, Württemberg Art. 201, 212, Bayern Art. 154, hannov. Entw. §. 137, österreich. Entw. §. 134, hess. Entw. Art. 198, preuß. Entw. §. 262, nordd. Entw. §. 311). Recht und Pflicht sind Korrelate. Ueberzeugt sich der Vorsitzende oder das Gericht, daß zur Ausübung des Fragerechts Veranlassung gegeben ist, so sind sie verpflichtet, die Frage zu stellen, wenngleich die Unterlassung den Parteien keinen Grund zur Beschwerde gibt.

„Ein Präjudiz für die Nichtbeantwortung einer gestellten Frage hat der Entwurf — entgegen dem hannov. Entw. §. 139 und dem nordd. Entw. §. 311 — nicht aufgestellt, vielmehr in Uebereinstimmung mit Bayern Art. 156 dem Gerichte überlassen, nach freier Ueberzeugung zu entscheiden (§. 249), welche Folgerungen aus der Nichtbeantwortung der gestellten Frage zu ziehen sind.

„Ueber den Bereich der §§. 123 und 126 geht der §. 445 hinaus: die Erwägung, daß in dem amtsgerichtlichen und handelsgerichtlichen Verfahren vielfach Personen verhandeln, die der Rechte unkundig sind, mußte dahin führen, dem Vorsitzenden die Verpflichtung aufzulegen, nicht nur für eine erschöpfende Verhandlung der Sache, sondern auch dafür zu sorgen, daß die Parteien „sachdienlich" Anträge stellen. Die Verhandlungsmaxime wird durch diese Vorschrift nicht verletzt. Denn sie schließt nicht aus, daß das Gericht dahin wirkt, daß dem Parteivorbringen die rechte Form gegeben, daß aus dem Parteivorbringen der rechte Schluß gezogen werde. Der in den nordd. Entw. §. 667 aus dem preuß. Entw. §. 579 übernommene Zusatz:

> „„dies liegt ihm (dem Richter) insbesondere ob, wenn die Unerfahrenheit einer Partei eine mangelhafte Wahrnehmung der Rechte derselben besorgen läßt,""

mußte dagegen ebenso wie die Bestimmung des hannov. Entw. §. 454, welche den Richter verpflichtet, die Parteien über die im Unterlassungsfalle eintretenden Rechtsnachtheile zu belehren, als praktisch bedenklich erscheinen: keine dieser Bestimmungen konnte daher Aufnahme finden".

1) Die Fassung des §. 130 weicht von der des §. 126 im Entwurfe in folgenden Punkten ab:

a) an Stelle des obligatorischen „muß" steht im Entwurfe das fakultative „kann", das freilich die Motive im Sinne einer Amtspflicht deuten,

b) der §. 126 des Entw. enthält als vierter Absatz die Vorschrift: „Eine Frage ist zu stellen, wenn das Gericht dieselbe für angemessen erachtet".

2) An diesen §. 126 des Entwurfs knüpfte sich in der Justizkommission zunächst in erster Fassung die Verhandlung über folgende Anträge:

a) Antrag Becker:

1) Abs. 1 hat zu beginnen:

> „Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß" u. s. w. wie der Entwurf.

2) Abs. 2 hat zu beginnen:

> „Er hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche" u. s. w. wie der Entwurf.

3) Statt Abs. 3 zu setzen:

a) Die Ausübung des Fragerechts ist den Mitgliedern des Gerichts gestattet".

b) Der Vorsitzende kann seine auf die Sachleitung bezüglichen Befugnisse einem Mitgliede des Gerichts übertragen".

b) Antrag Dr. Bähr:

im Abs. 1 im Eingang zu setzen: „der Vorsitzende hat durch Fragen" u. s. w. wie im Entwurfe und statt Abs. 3 folgenden zu setzen: „Der Vorsitzende kann seine auf die Sachleitung bezüglichen Befugnisse dem für die Urtheilsabfassung bestellten Mitgliede übertragen. Er kann auch anderen Mitgliedern des Gerichts gestatten, das Fragerecht auszuüben".

c) Antrag Grimm:

Im ersten Absatz statt „kann" zu setzen: „ist verpflichtet". Die Anträge b u. c wurden zu Gunsten des Antrags a zurückgezogen.

Nachdem Direktor von Amsberg die Becker'schen Anträge sub 1, 2 und 3a als nur redaktionelle Aenderungen des Entwurfs bezeichnet und erklärt hatte, daß die Meinung der Regierungen die gleiche gewesen sei, wie die des Abg. Becker, widersetzte er sich ausdrücklich dem Antrage Becker sub 3b, weil er die internen Verhältnisse des Gerichts berühre und in eine Instruktion für die Gerichte statt in das Gesetz gehöre.

Der königlich würtembergische Ministerialrath Heß bemerkt noch, es scheine ihm auch ohne ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes möglich, daß der Vorsitzende die Sachleitung einem Beisitzer übertrage. Mit Rücksicht auf diese Erklärungen zog Abg. Becker seinen Antrag sub Nr. 3b zurück.

Abg. Herz beantragte sodann, den Abs. 3 so zu fassen:

„Er hat jedem Mitgliede des Gerichts zu gestatten, Fragen zu stellen".

Die Anträge Becker sub 1 u. 2 und der Antrag Herz wurden von der Kommission angenommen, Abs. 4 des §. 126 (des Entw.) wurde der Redaktionskommission zu spezieller Prüfung überwiesen, von dieser aber schließlich gestrichen. (Komm.-Prot. S. 51—53 und Zusammenstellung des Entwurfs mit den Beschlüssen der Kommission zu §. 126. Nr. 6 der Drucksachen des Reichstags.)

3) Die kategorische Fassung des §. 130 im Gegensatz zu der des §. 126 im Entwurfe hat m. E. nicht nur die Bedeutung, daß sie dem Vorsitzenden eine Amtspflicht auferlegt, sondern noch die weitere, daß unter Umständen wegen Nichterfüllung dieser Pflicht die Revision begründet sein könne (s. Nr. 5). Zugleich ergibt sich aus §. 130, daß eine Klagsabweisung wegen ungenügender Substantiirung, also „angebrachtermaßen" nicht mehr zuläßig ist. Das Gericht hat entweder durch Fragen die Substantiirung zu er-

zwingen oder, wenn dieselbe durch die Beantwortung nicht gelingt, definitiv abzuweisen, so weit nicht eine Vertagung angezeigt erscheint. Dieß trifft nicht bloß im kontradiktorischen, sondern auch im Versäumnißverfahren zu. Letzternfalls freilich muß die Ergänzung der Klage gemäß §. 303 Ziff. 3 zu einer Abweisung des Antrags auf Erlassung eines Versäumnißurtheils führen, was immerhin mit der Abweisung „angebrachtermaßen" große Aehnlichkeit hat. (Aehnlich die Bestimmung in §. 560.)

4) Von Amtswegen zu berücksichtigende Punkte sind: die Unzulässigkeit der Verweisung einer Handelssache von der Civilkammer an die Kammer für Handelssachen im Falle des §. 104 Abs. 2 des GVG., die Unzuständigkeit des Gerichts, wo die Prorogation ausgeschlossen ist (§. 40 Abs. 2). Unfähigkeit eines Richters (§. 41); Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters oder der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung (§. 54 Abs. 1); der Ladungsnachweis der Streitgenossen (§. 60 s. oben S. 219 Nr. 2); die Zustellung eines Schriftsatzes beim Auftreten eines Nebenintervenienten (§. 67 s. oben S. 238 Z. 15 ff. v. o. vgl. §. 70); die Abgabe einer produzirten Prozeßvollmacht zu den Gerichtsakten (§. 76 Abs. 1); der Vollmachtsmangel, wo eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist (§. 84 Abs. 2); unter Umständen, wenn es sich nämlich um die Frage handelt, ob eine Nothfrist gewahrt ist, Nachweis der Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten (§§. 162, 202 Abs. 1, 301, 306, 549, 552, 477, 497, 514, 529, 540 Abs. 2. Vgl. Lothar Seuffert, Kommentar zu §. 162 Nr. 6, §. 164 Nr. 3 und unten zu §§. 162 und 164); die Wahrung der Nothfristen (§. 202 Abs. 1, cf. §. 870); Mangel des rechtlichen Interesse bei Anerkennungs- und Feststellungsklagen (§. 231); Unzulässigkeit der Verbindung von Rechts- und Besitzklage (§. 232 Abs. 2); Unzulässigkeit des Rechtswegs (§§. 13, 17 des GVG. Motive zu §. 238 des Entw. Offizielle Ausgabe S. 195. Kortkampf'scher Abdruck S. 469); der Ladungsnachweis und die rechtzeitige Mittheilung von thatsächlichem Vorbringen in Fällen des §. 300 Ziff. 2 und 3; die Statthaftigkeit des Einspruchs gegen ein Versäumnißurtheil (§. 306); der Berufung und der Revision (§§. 497, 529 cf. §§. 94, 508, 511); der Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§. 552); die Unzulässigkeit der Eideszuschiebung (§§. 410, 411, 413, 414, 435); die Unstatthaftigkeit des Urkunden- oder Wechselprozesses (§§. 556, 560, 561, 567); die Unzulässigkeit gewisser Klaggründe im Ehescheidungsprozeß (§. 576); die Unstatthaftigkeit der Verbindung einer anderen Klage mit der Ehenichtigkeitsklage oder der Erhebung einer Widerklage, welche nicht selbst Nichtigkeitsklage ist (§. 587); die Unzulässigkeit der Verbindung einer andern Klage mit der Anfechtungsklage gegen die Entmündigung, sowie der Erhebung einer Widerklage (§. 608 cf. §. 626); die

Unzulässigkeit des Antrags auf Festsetzung eines neuen Aufgebotstermines (§. 831).

5) Die Verletzung der in §. 130 dem Vorsitzenden obliegenden Pflichten kann die Revision begründen, wenn die Entscheidung auf der Verletzung beruht. (§§. 511, 512.)

6) Das Fragerecht des Vorsitzenden soll nicht in dem Sinne geübt werden, daß derselbe Parteibehauptungen supplirt.

7) Das Fragerecht der Gerichtsmitglieder ist, vorbehaltlich der Entscheidung des Gerichts (§. 131), beschränkt durch die diskretionäre Gewalt des Vorsitzenden, wenn durch die Frage eines Gerichtsmitglieds die Ordnung in der Sitzung gestört wird (§. 177 des GVG.; s. o. zu §. 119).

8) Ob der Vorsitzende die Leitung der Verhandlung einem Gerichtsmitgliede übertragen könne auch ohne deßfallsige Instruktion, erscheint nach den Verhandlungen der Justizkommission über diesen Punkt mindestens zweifelhaft (s. o. Nr. 2); Lothar Seuffert, Kommentar zu §. 130 Nr. 6, verneint die Frage.

9) Der §. 131 wurde erst durch die Justizkommission als §. 126a in den Entwurf eingestellt, nachdem er in den Berathungen der Justizkommission mehrere Wandlungen erfahren hatte. Ursprünglich hatte Abg. Dr. Bähr bei der Diskussion über §. 348 beantragt, als §. 348a vorbehaltlich der redaktionellen Einschiebung an passender Stelle zu beschließen:

„Der Vorsitzende kann seine auf die Sachleitung bezüglichen Befugnisse einem Mitgliede des Gerichts übertragen.

Wird eine Fragestellung oder eine sonstige auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden oder des ihn vertretenden Gerichtsmitgliedes von den vor Gericht handelnden Personen beanstandet, so entscheidet das Gericht".

Der erste Absatz dieses Antrags wurde abgelehnt, nachdem dagegen die gleichen Gründe geltend gemacht worden waren, wie gegen den analogen Antrag des Abg. Becker zu §. 126 des Entwurfs (s. o. Nr. 2 lit. a, 3).

Der zweite Absatz wurde mit der Modifikation angenommen, daß statt der Worte „des ihn vertretenden Gerichtsmitgliedes" gesetzt wurde: „eines Gerichtsmitglieds".

Dieser zweite Absatz, der schließlich durch die Redaktionskommission als §. 126a Stelle fand, gab zu einer beachtenswerthen Debatte über die Stellung des Vorsitzenden zu den Beisitzern Anlaß:

Während von Seiten des Antragstellers die Nothwendigkeit der Auffassung betont wurde, daß der Vorsitzende seine die Sachleitung in der mündlichen Verhandlung betreffenden Befugnisse als präsumtiver Bevollmächtigter des Gerichts, nicht kraft eigener Machtvollkommenheit ausübe, trat man

Seitens der Regierungen für die Anschauung des Preußischen und Französischen Rechts ein, wonach der Vorsitzende nicht primus inter pares sei, von dessen Anordnungen an das Kollegium rekurrirt werden könne, sondern vielmehr über dem Kollegium stehe, so daß eine Beschwerde gegen ihn bei dem höheren Gerichte angebracht werden müsse. Gegenüber den Ausführungen einer Anzahl von Kommissionsmitgliedern zu Gunsten des Bähr'schen Antrags konstatirte jedoch Direktor von Amsberg, daß in Fragen der Rechtsprechung auch nach dem Preußischen System der Vorsitzende nur primus inter pares sei (Komm.-Prot. 136—138).

Im Laufe der zweiten Lesung des Entwurfs und zwar gelegentlich der Berathung der vom Bundesrathe gewünschten Abänderungen der Kommissionsbeschlüsse beantragte Abg. Thilo, hinter den Worten „betheiligten Personen", welche an Stelle von „vor Gericht handelnden Personen" durch die Redaktionskommission gesetzt worden waren, die Worte: „als gesetzlich unzulässig" einzuschalten. Ferner lag ein Antrag des Abg. Dr. Bähr und Genossen vor, den §. 126a dahin zu fassen:

„Wird eine auf die Sachlage bezügliche Anordnung des Vorsitzenden oder die Zulässigkeit einer von dem Vorsitzenden oder einem Gerichtsmitgliede gestellten Frage von einer bei der Verhandlung betheiligten Person beanstandet, so entscheidet das Gericht."

Zunächst wurde zum Antrag Thilo von Direktor von Amsberg bemerkt, daß die Regierungen auf Annahme desselben hofften, weil sie nur dann den §. 126a für unbedenklich hielten. Nur dann nemlich, wenn die Worte „als gesetzlich unzulässig" eingeschaltet würden, werde die Kompetenz des Gerichts auf die Entscheidung über das Verhalten des Vorsitzenden beziehungsweise eines Gerichtsmitgliedes, welches gesetzlich unzulässig sei, also eine Nichtigkeit begründen könne, beschränkt, während über die Zweckmäßigkeit des betreffenden Aktes ein Gerichtsbeschluß nicht gefordert werden dürfe.

Abg. Dr. Bähr führte aus: „Es sei unter der Zulässigkeit einer Frage in seinem Antrage nichts Anderes als die gesetzliche Zulässigkeit verstanden; bezüglich der Anordnungen des Vorsitzenden aber halte er dafür, daß das Gericht auch dann zu entscheiden habe, wenn eine Anordnung als unzweckmäßig bezeichnet werde."

Nach der mit der Auffassung Dr. Bähr's übereinstimmenden Erklärung der Abg. Thilo und Dr. Lasker bezüglich dieses Punktes gab Direktor von Amsberg sein Einverständniß damit kund, daß im Antrag Thilo das Wort „gesetzlich" gestrichen und der Antrag Bähr, soweit er sich auf die Fragestellung beziehe, acceptirt werde, beharrte jedoch rücksichtlich der sachleitenden Anordnungen auf dem Standpunkte der Regierung, die zwar den Vorsitzenden gleichfalls als Organ des Gerichtes, jedoch mit einer

freieren Stellung ausgerüstet, als die von der Kommission gewährte sei, gelten ließen.

Der Antrag Bähr und Genossen wurde von der Kommission angenommen (Komm.-Prot. S. 663—665).

Seine endliche Fassung erhielt der §. 126a durch Beschluß der Justizkommission in der Sitzung vom 8. November 1876 über die Abänderungsbeschlüsse des Bundesraths (Prot. über diese (168.) Sitzung S. 1, 2).

10) Demnach steht fest, daß eine Entscheidung des Gerichtes sowohl über sachleitende Anordnungen (vgl. z. B. §. 127 Abs. 2) als über Fragen nur dann provozirt werden darf, wenn deren gesetzliche Zulässigkeit, also nicht, wenn deren Zweckmäßigkeit beanstandet wird.

11) Als bei der Verhandlung betheiligte Personen sind nicht blos die Parteien und deren Vertreter bezw. Beistände anzusehen, sondern auch Zeugen, Sachverständige, Richter, Gerichtsschreiber und Staatsanwalt.

Einer besonderen Form bedarf die Beanstandung nicht.

12) Die Tragweite des §. 131 ist durch die Grenzen der mündlichen Verhandlung gegeben. Darüber hinaus sind zwar dem Vorsitzenden im Gesetze noch vielfach andere Aufgaben zugewiesen (vgl. z. B. §§. 125 Abs. 2; 193 Abs. 2; 204 Abs. 3; 234 Abs. 2; 314; 666; 822); allein auf diese erstreckt sich §. 131 nicht.

---

§. 132. (§. 126b der Kommissionsvorlage.)

Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses anordnen.

1) Dieser Paragraph findet sich im Regierungsentwurfe nicht.

Die Motive zu §. 126 des Entwurfs lehnen die Aufnahme einer Bestimmung dieses Inhalts ausdrücklich ab. In der Kommissionsvorlage fand derselbe auf Antrag der Abg. Dr. Mayr und Struckmann Aufnahme. Abg. Dr. Mayr hatte beantragt: als letzten Absatz dem §. 126 beizufügen:

„Das Gericht kann das persönliche Erscheinen der Parteien zur Aufklärung der Sache anordnen. Welche Folgen das Nichterscheinen nach sich zieht, bleibt dem richterlichen Ermessen anheimgegeben."

Der Antrag des Abg. Struckmann ging dahin: als einen neuen Paragraphen einzuschalten:

„Erachtet das Gericht die Befragung einer in der Gerichtssitzung nicht persönlich anwesenden Partei für angemessen, so hat es das Erscheinen derselben anzuordnen.

Ist die zu befragende Partei am Erscheinen in der Gerichtssitzung gehindert, oder ist ihr Erscheinen wegen großer Entfernung ihres Aufententhaltsortes vom Gerichtssitze mit besonderer Beschwerde verbunden, so kann ihre Befragung einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder dem Amtsgerichte ihres Aufenthaltsorts übertragen werden. In diesem Falle ist die zu stellende Frage in dem Beschlusse zu bezeichnen, der befragende Richter kann an die Partei andere Fragen richten, sofern ihm dieselben nach den Erklärungen der Partei angemessen erscheinen."

Nachdem Abg. Struckmann den ersten Absatz seines Antrags zu Gunsten des Antrags Dr. Mayr zurückgezogen hatte, wurde dieser bis zu den Worten „anordnen" angenommen, der letzte Satz sowie der Antrag Struckmann (Abs. 2) abgelehnt. Bei der Debatte wurde die Frage angeregt, ob man unter Parteien, deren Erscheinen angeordnet werden könne, nur prozeßfähige oder auch andere Personen verstehe, worauf Abg. Becker, ohne Widerspruch zu erfahren, bemerkte: „unter Parteien verstehe man nur solche Personen, welche über den Prozeß zu verfügen und gegebenen Falls zu schwören haben." (Komm.-Prot. S. 52, 53, 54.)

Ein Antrag des Abg. Gaupp auf Streichung des §. 126b, der nur eine lex imperfecta sei, sowie ein anderer des Abg. Dr. Grimm: im Eingange zu sagen: „Im Parteiprozesse kann das Gericht ꝛc." wurden abgelehnt. (Komm.-Prot. S. 526, 527.)

2) Der Antrag des Abg. Dr. Mayr, soweit er zur Annahme gelangte, erlitt durch die Redaktionskommission noch eine nicht unwesentliche Veränderung, wie der Gesetzestext zeigt. Es wurden nämlich anstatt der Worte „der Parteien" die Worte „einer Partei" gesetzt, wodurch außer Zweifel gesetzt ist, daß das Gericht sowohl beiden Parteien als jeder einzelnen das persönliche Erscheinen vorschreiben kann.

3) Das Gericht, nicht der Vorsitzende, kann das persönliche Erscheinen anordnen[1]). Die Anordnung erfolgt naturgemäß in Form des Beschlusses, der gemäß §. 294 Abs. 1 zu verkünden ist, wenn er auf Grund mündlicher Verhandlung ergeht (§. 294 Abs. 1). In diesem Falle bedarf es einer Ladung der Partei zu dem im Beschlusse festgesetzten Erscheinungstermine nicht (§§. 195, 283). Denkbar wäre auch, daß der Termin in einem nicht verkündeten Beschlusse festgesetzt und daher Zustellung des Beschlusses von Amtswegen nothwendig wird. So z. B. wenn das Gericht

---

[1]) Ueberhaupt definiren die folgenden §§. bis §. 143 die Befugnisse des Gerichtes in der mündlichen Verhandlung, während sich die vorhergehenden §§. mit der Kompetenz des Vorsitzenden befassen.

nach geschlossener Verhandlung das Urtheil beräth und hiebei findet, es sei das persönliche Erscheinen noch wünschenswerth, zu welchem Behufe Wiedereröffnung der Verhandlung beschlossen wird.

4) Das persönliche Erscheinen der Parteien kann nur vor dem Gerichte selbst angeordnet werden. Eine Citation vor ein Gerichtsmitglied oder einen beauftragten Richter überhaupt ist nicht als zulässig zu erachten. Dieß ergibt sich aus der Ablehnung des darauf abzielenden Antrags Struckmann (s. o. Nr. 1). Zwar wird von Puchelt (Kommentar zur CPO. Abth. I S. 393 Nr. 3) die Meinung vertreten, daß die Analogie des §. 268 Platz greife und aus der erwähnten Ablehnung des Antrags Struckmann nichts gefolgert werden dürfe, weil die Ablehnungsgründe in den Protokollen nicht konstatirt seien; allein demgegenüber kommt in Betracht, daß die §§. 132 und 268 völlig verschiedene Zwecke verfolgen, der eine Aufklärung des Sachverhältnisses, der andere die gütliche Beilegung des Prozesses oder einzelner Streitpunkte. Auch darf wohl darauf hingewiesen werden, daß der Antragsteller Struckmann selbst (Struckmann-Koch, Kommentar §. 132 Nr. 2) die Ablehnung seines Antrags in dem hier vertretenen Sinne interpretirt. Eine Ausnahme enthält §. 579 Abs. 2.

5) Einen Zwang zum Erscheinen hat das Gesetz dem Gerichte abgesehen von dem Falle des §. 579 Abs. 3 nicht eingeräumt. (Vgl. hiezu §. 196 Abs. 2). Auch ein bestimmtes Präjudiz hat das Gesetz für den Fall des Nichterscheinens nicht aufgestellt. Allein es steht trotz Ablehnung des mit Art. 156 der bayer. CPO. übereinstimmenden zweiten Satzes des Dr. Mayr'schen Antrags nichts im Wege, daß das Gericht auf Grund des §. 259 das Nichterscheinen zum Nachtheile des Ausbleibenden auslege (vgl. bayr. CPO. A. 156).

6) Wann eine Aufklärung des Sachverhältnisses von dem persönlichen Erscheinen der Parteien zu erwarten sei, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurtheilen. Es wird wohl in der Regel nur dann das persönliche Erscheinen anordnen, wenn verwickelte thatsächliche (z. B. Abrechnungs-) Verhältnisse vorliegen oder wenn das Verhalten des oder der Prozeßbevollmächtigten die Vermuthung nahe legt, daß es den Intentionen der Parteien nicht entspreche. —

---

§. 133. (§. 127 des Entw.)

Das Gericht kann anordnen, daß eine Partei die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen hat,

sowie Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen vorlege.

Das Gericht kann anordnen, daß die vorgelegten Schriftstücke während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Gerichtsschreiberei verbleiben.

Das Gericht kann anordnen, daß von den in fremder Sprache abgefaßten Urkunden eine durch einen beeidigten Dolmetscher angefertigte Uebersetzung beigebracht werde.

§. 134. (§. 128 des Entw.)

Das Gericht kann anordnen, daß die Parteien die in ihrem Besitze befindlichen Akten vorlegen, soweit dieselben aus Schriftstücken bestehen, welche die Verhandlung und Entscheidung der Sache betreffen.

§. 135. (§. 129 des Entw.)

Das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins, sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche eine auf Antrag angeordnete Einnahme des Augenscheins oder Begutachtung durch Sachverständige zum Gegenstande haben.

1) Das Verlangen des Gerichts, daß Urkunden vorgelegt werden, setzt die Bezugnahme einer Partei auf dieselben und den Besitz der Partei voraus. Die Anordnung der Vorlage von Stammbäumen, Plänen, Rissen und sonstigen Zeichnungen kann auch ohnedieß erfolgen. In beiden Fällen kann das Gericht die Anordnung von Amtswegen treffen.

Daneben gilt gemäß §. 13 des EG. zur CPO. der Art. 79 Abs. 1 des HGB. fort, wornach das Gericht von Amtswegen das Tagebuch des Handelsmäcklers selbst dann vorlegen lassen kann, wenn der Handelsmäckler nicht Partei ist. Art. 79 Abs. 2 a. a. O. ist dagegen durch §. 13 Ziff. 2 des EG. zur CPO. aufgehoben. Zu §. 133 Abs. 2 vgl. §. 125.

2) Zu §. 128 des Entwurfs war von Abg. Dr. Bähr beantragt worden:

dem §. 128 hinzuzusetzen: „— desgleichen daß Gerichtsakten, auf welche die Parteien Bezug genommen, eingezogen und der Verhandlung zu Grunde gelegt werden."

Dieser Antrag wurde jedoch im Hinblick auf die ausreichende Vorschrift des §. 384 des Entwurfs (= §. 397) abgelehnt (Komm.-Prot. S. 54).

3) Die Anordnung des Gerichts nach §. 135 ist an kein Stadium des Prozesses gebunden, so wenig als die in den §§. 133, 134 vorgesehenen Anordnungen. Das Verfahren in Folge solcher Anordnung richtet sich nach den Bestimmungen der §§. 336, 337, 367 ff. — Auch diese Anordnung erfolgt von Amtswegen.

4) Die Befugnisse des Gerichts nach den §§. 133—135 sind dazu bestimmt, das Gericht in die Lage zu versetzen, daß es über den ihm vorgelegten Prozeßstoff entscheide. Sie dürfen daher nicht dazu verwendet werden, den Parteien neue Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu suppeditiren. Wenn z. B. eine Partei zum Beweise des behaupteten Vertragsschlusses sich auf eine Urkunde bezogen hat und das Gericht bei Einsicht dieser Urkunde den Vermerk findet, daß der Vertrag zum Theil wieder aufgehoben oder erfüllt sei, so darf es ohne Antrag der Gegenpartei von diesem Umstande keinen Gebrauch machen.

5) Die Nichtbefolgung der in den §§. 133—135 erwähnten Anordnungen des Gerichtes ist nicht mit einem besonderen Nachtheile bedroht. Es findet auch hier §. 259 Anwendung (vgl. §§. 130, 132).

---

§. 136. (§. 130 des. Entw.)

Das Gericht kann anordnen, daß mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden.

Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhang steht.

§. 137. (§. 131 des Entw.)

Das Gericht kann anordnen, daß bei mehreren auf denselben Anspruch sich beziehenden selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln (Klagegründen, Einreden, Repliken 2c.) die Verhandlung zunächst auf eines oder einige dieser Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu beschränken sei.

Motive: „Die §§. 130, 131 treffen durch das dem Gerichte eingeräumte Trennungsrecht Vorkehr, daß trotz massiger Anhäufung des Prozeßstoffs der mündlichen Verhandlung die Uebersicht und Ordnung bewahrt und daß die mündliche Verhandlung auf das für die Entscheidung nothwendige Maß beschränkt werde. — Einer Rechtfertigung bedarf der dem nordd. Entw. §. 316 entnommene zweite Absatz des §. 130.

„Um dem Mißbrauche entgegenzutreten, welcher zum Behufe der Prozeß-

verzögerung mit dem Kompensationsrechte getrieben werden kann, ertheilte schon die L. ult. C. de compens. 4, 31 dem Richter die Befugniß, illiquide Kompensationseinreden ad separatum zu verweisen. Wie das gemeine Recht, verlangt auch das preußische Recht (vergl. A. L. R. I. 16. §§. 359 ff.) Liquidität oder Liquidabilität der Gegenforderung, wenn die Kompensation im ordentlichen Prozesse berücksichtigt werden soll; ist die Gegenforderung illiquid, so ist die Verhandlung über dieselbe in separato fortzusetzen. Keine Anwendung finden diese Grundsätze nach der preuß. A. G. O. I. 19. §. 5 auf eine aus einem zweiseitigen Geschäfte hergeleitete Kompensationseinrede; in einem solchen Falle soll der Richter über beide Ansprüche in einem und demselben Urtheil erkennen, wenngleich die Forderung eher als die Gegenforderung durch die Instruktion ermittelt sein sollte. Während die vorstehenden Vorschriften des gemeinen und des preußischen Rechts prozessualer Natur sind, erhebt das französische Recht (Code civil art. 1291) die Liquidität zu einer civilrechtlichen Voraussetzung für den Eintritt der Kompensation und begnügt sich nicht mit der Liquidabilität. Die französische Jurisprudenz ist indessen darüber hinausgegangen: sie hat nicht nur die Liquidirbarkeit während des Hauptprozesses für ausreichend erachtet, sondern auch bei zweiseitigen Kontrakten angefangen, von dem Erfordernisse der Liquidität völlig abzusehen, indem sie bei solchen Kontrakten nur dasjenige als Schuld betrachtet, was nach Abrechnung der Gegenforderung ex eadem causa als Saldo verbleibt, (vgl. Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation Ed. II S. 554—580).

Wirksamer als durch das bisherige, dehnbare und kontroverse Erforderniß der Liquidität (oder Liquidabilität) wird einer Verschleppung des Prozesses, wie sie vielfach gerade durch Geltendmachung weit aussehender Kompensationseinreden versucht wird, begegnet werden, wenn das Gericht nach freiem Ermessen die Verhandlung der Gegenforderung in einem getrennten Prozesse anordnen kann. Der Entwurf hat daher jenes Erforderniß aufgegeben und demselben die Trennungsbefugniß substituirt. Er hat aber, der von dem preußischen Rechte und von der französischen Jurisprudenz eingeschlagenen, auch von angesehenen Rechtslehrern für das gemeine Recht vertheidigten Richtung folgend, das Trennungsrecht auf den Fall beschränkt, daß die Gegenforderung mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht. Denn beim Vorhandensein eines solchen Zusammenhanges kann eine zutreffende Entscheidung nur abgegeben werden, wenn ein und dasselbe Urtheil das Rechtsverhältniß seinem ganzen Umfange nach zusammenfaßt (nordd. Prot. IV S. 1964, 1965, 2128).

„Die in dem norddeutschen Entwurf enthaltene Beschränkung auf die „Einrede der Kompensation" ist im §. 130 Abs. 2 weggelassen; es ist gleich=

giltig, in welcher Form — durch Einrede oder durch Widerklage — die Gegenforderung geltend gemacht wird.

„Der §. 264 — welcher, dem nordd. Entw. §. 421 entnommen, sich lediglich auf den Fall der Geltendmachung der Gegenforderung durch Einrede bezieht, indem der §. 263 sich bereits auf die Widerklage miterstreckt — ist eine unabweisliche Konsequenz des im §. 130 Abs. 2 ausgesprochenen Grundsatzes: er bestimmt, daß die Trennung auch nach dem Schlusse der Verhandlung — durch Theilurtheil — erfolgen kann."

1) Ueber die allgemeine Bedeutung des richterlichen Trennungsrechtes s. oben S. 14, 15.

2) Voraussetzung der Anordnung nach §. 136 Abs. 1 ist die Verbinduug einer Mehrheit von Ansprüchen in einer Klage. Der Begriff „Anspruch" gehört, wie schon früher bemerkt (s. oben zu §. 5 Nr. 2 S. 55), dem materiellen Rechte an, ist aber nicht auf das Vermögensrecht und innerhalb desselben nicht auf das Obligationenrecht beschränkt. Es gibt ebenso familienrechtliche Ansprüche wie vermögensrechtliche, ebenso Ansprüche auf eine Sache oder ein dingliches Recht, auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder Anerkennung einer Urkunde (§§. 29, 231, 253), wie Ansprüche auf Zahlung, Leistung anderer Art oder Unterlassung. Eine Definition des Begriffs findet sich in der CPO. nicht. Aus den Anwendungsstellen desselben in dem Gesetze ergibt sich jedoch soviel, daß es darunter das subjektive Recht im Zustande des Strebens nach Befriedigung versteht (vgl. §§. 5, 21 Abs. 1, 24, 28 Abs. 2, 33, 40 Abs. 2, 57, 61 Abs. 1, 69, 73 Abs. 3, 77, 79 Abs. 1, 102 Ziff. 5, 103, 136—138, 146 Ziff. 1, 230 Ziff. 2, 232, 236 Abs. 1, 254, 273, 276—278, 292, 293, 313, 318 Abs. 2, 319 Abs. 2, 467, 491 Abs. 2, 499, 500 Ziff. 3, 503 Abs. 2, 508 Abs. 1, 509 Ziff. 2, 555, 560, 562, 563, 565, 628 ff., 672, 686, 704). Nur in wenigen §§. ist unter Anspruch das subjektive Recht schlechthin d. h. abgesehen von dem Zustande des Befriedigtseins verstanden (vgl. §§. 745—748, 751—753, 796, 800). S. Struckmann-Koch, Kommentar zu §§. 136, 137 Nr. 2 S. 102. Eine Mehrheit von Ansprüchen in einer Klage ist in verschiedener Weise denkbar:

a) als subjektive Klagenhäufung (§§. 56, 57),

α. auf der aktiven Seite,

β. auf der passiven Seite,

b) als objektive Klagenhäufung (§. 232).

Subjektive Klagenhäufung liegt auch dann vor, wann mehrere Correalgläubiger klagen oder mehrere Correalschuldner belangt werden; denn selbst die Theorie der una eademque obligatio als richtig vorausgesetzt, ist es

doch gerade die Mehrheit der subjektiven Beziehungen, welche zu einer Mehrheit von Ansprüchen führt.

Als objektive Klagenhäufung ist es nicht anzusehen, wenn aus demselben Rechtsgrunde gegen denselben Beklagten mehrere Ansprüche geltend gemacht werden, z. B. auf Hauptsache und gesetzliche Zinsen (anders im Falle einer Zinsstipulation), auf Herausgabe einer Sache und auf die Früchte oder anderen Accessionen.

Die Mehrheit der Ansprüche muß in einer Klage geltend gemacht worden sein. Demnach steht dem Gerichte eine Trennungsbefugniß nicht zu, wenn mehrere Ansprüche in Form der Einrede oder der Widerklage erhoben werden.

Voraussetzung der Anordnung nach §. 136 Abs. 2 ist das Vorbringen einer Gegenforderung, die mit der Hauptforderung nicht konnex ist. Die Wahl des Ausdrucks „Gegenforderung" zeigt, daß im zweiten Absatze des Paragraphen dingliche und familienrechtliche Ansprüche ausgeschlossen werden sollten. Die vorgebrachte Gegenforderung darf mit der Hauptforderung nicht konnex sein. Konnexität ist rechtlicher Zusammenhang. Während für die Widerklage als solche Zusammenhang überhaupt genügt (§. 33 s. oben S. 144 Nr. 5), wird für den Ausschluß des Trennungsrechtes rechtlicher Zusammenhang erfordert. Ein Antrag auf Streichung des Wortes „rechtlicher" in §. 136 Abs. 2 wurde von der Justizkommission zwar anfänglich angenommen; auf Verlangen der Redaktionskommission, welche hervorhob, daß aus §. 33 keine Konsequenzen für §§. 136 und 138 gezogen werden dürften, wurde das Wort „rechtlicher" wieder eingesetzt (Komm. Prot. S. 55, 61). Aus den Motiven zu §. 130 Abs. 2 des Entwurfs läßt sich der Begriff des rechtlichen Zusammenhangs wohl ableiten, der dem Gesetzgeber vorgeschwebt hat. Es ist die durch die Einheit der begründenden Thatsache gegebene Verbindung mehrerer Ansprüche, z. B. der Ansprüche aus gegenseitigen oder ungleich zweiseitigen Contrakten. (Vgl. oben S. 144 f. Nr. 5.) Dagegen wird von einem rechtlichen Zusammenhang nicht auch dann zu sprechen sein, „wenn die Gegenforderung sich auf die Sache bezieht, die Gegenstand der Forderung ist" (L. Seuffert, Kommentar. §§. 136, 137 Nr. 1 ad I b). Dabei wäre nämlich an die Einrede wegen Impensen gegen die Vindikation zu denken, die doch mit dem Eigenthumsanspruch in keinerlei rechtlichem Zusammenhang steht, vielmehr lediglich einer selbständigen Thatsache ihre Entstehung verdankt. Die Form des Vorbringens einer Gegenforderung — Einrede oder Widerklage — ist für die Trennungsbefugniß des Gerichtes gleichgiltig.

Dem Wortlaute des §. 136 Abs. 2 zufolge findet das Trennungsrecht nur statt, wenn der Beklagte eine nicht konnexe Gegenforderung vorge-

bracht hat. Es entsteht nun die Frage, ob das Gleiche gilt, falls der Kläger als Widerbeklagter gegen die Widerklage eine solche Gegenforderung geltend macht. Diese Frage dürfte Angesichts der in den Motiven angedeuteten ratio legis (s. o. S. 435) zu bejahen sein (cf. Puchelt, Kommentar Bd. I. S. 400).

3) Die Wirkung der nach §. 136 zulässigen Trennung besteht darin, daß über jeden der mehreren Ansprüche (Abs. 1), bezw. über Forderung und Gegenforderung (Abs. 2) in zweien formell vollständig gesonderten Prozessen verhandelt und entschieden wird, soferne nicht gemäß §. 141 vor dem Urtheile eine Wiedervereinigung der getrennten Prozesse erfolgt. Trotz der verfügten Trennung bleibt die Rechtshängigkeit aller einmal vorgebrachter Ansprüche bestehen. Denn §. 136 bestimmt ausdrücklich nur die Verhandlung der getrennten Ansprüche in besonderen Prozessen, nicht etwa die Verweisung zu gesonderter Klagerhebung (vgl. auch §. 235 Ziff. 2). Dieser Umstand hat die Folge, daß die durch Geltendmachung mehrerer Ansprüche in einer Klage einmal (nach §. 5) begründete Zuständigkeit von der Trennung unberührt bleibt (vgl. oben zu §. 5 S. 51 Nr. 3, zu §. 33 S. 143 Z. 3 ff. v. u.). Auch die Parteistellung wird durch die Trennung nicht verändert. Wenn z. B. die der Klage entgegengesetzte Kompensationsforderung zur getrennten Verhandlung verwiesen ist, so erscheint in dem Prozesse über die Kompensationsforderung der Beklagte nicht etwa als Kläger, sondern er bleibt Beklagter. Dieser Satz ist von großer Tragweite bezüglich des Verbotes der Klagsänderung. Wäre nämlich der Beklagter in der Verhandlung über seine Kompensationsforderung als Kläger anzusehen, so dürfte er gemäß §. 235 Ziff. 3 ohne Einwilligung seines Prozeßgegners die thatsächliche Begründung seiner Einrede nicht ändern, während er als Beklagter hieran nicht gehindert ist. Dagegen kann durch die Trennung der Prozesse und Erlassung von Theilurtheilen über vermögensrechtliche Ansprüche die ursprünglich vorhandene Revisionssumme beseitigt werden (s. u. zu §. 508 Abs. 1 und Komm. Prot. zu §. 485ª der Kommissionsvorlage S. 612, 618, 621, 706, 707).

4) Wie schon früher erwähnt (s. o. S. 145 Ziff. 17 ff. v. o.) bleiben die civilrechtlichen Bestimmungen über die Zulässigkeit einer Gegenforderung nach wie vor in Kraft. Nur die Zurückweisung der Kompensationsforderung wegen sogen. Illiquidität ist nicht ferner zulässig. Auch hat die Trennung der Verhandlung keinen Einfluß auf die materiellrechtlichen Wirkungen der Gegenforderung. So hört trotz der Trennung der Zinsenlauf für die Hauptforderung in dem Momente auf, in welchem die Kompensationsforderung fällig war; das Gleiche gilt für die mora des Hauptschuldners und Gläubigers in der Gegenforderung (vgl. Arndts, Pand. §. 265 Note h und i).

5) Eine Trennung der Verhandlung über mehrere in einer Klage

verbundene Ansprüche oder über Forderung und Gegenforderung kann auch nach der bisher gemeinschaftlichen Verhandlung dadurch erfolgen, daß bezüglich des zur Entscheidung reifen Prozeßtheiles ein Theilurtheil erlassen wird (§§. 273, 274, 318 Abs. 2). Die Trennungsbefugniß des Gerichts gilt übrigens für alle Instanzen.

6) Voraussetzung für die Anordnung nach §. 137 ist die Geltendmachung mehrerer auf denselben Anspruch sich beziehender selbstständiger Angriffs= oder Vertheidigungsmittel. Unter Angriffs= und Vertheidigungsmitteln sind alle prozessualen Handlungen zu denken, welche darauf abzielen, Ansprüche durchzusetzen bezw. zu elidiren.

Außer den als Beispiele angeführten „Klagegründen, Einreden, Repliken" sind selbstverständlich Widerklagen (§. 251), Dupliken, Tripliken u. s. f. hieher zu zählen. Aber ebenso gehören dazu Beweismittel, Beweiseinreden und Rechtsmittel.

Zwar wird in den §§. 255, 256 von Beweismitteln und Beweiseinreden gesondert gehandelt, nachdem in den §§. 251, 252 von den Angriffs= und Vertheidigungsmitteln die Rede war, und in den §§. 315 Ziff. 3, 319 Abs. 2 werden jene neben diesen angeführt; nichtsdestoweniger sind dieselben im Sinne des §. 137 als Angriffs= oder Vertheidigungsmittel zu erachten. Dieß ergibt sich aus der Ausdrucksweise der §§. 64, 65 und 491 Abs. 1.

Die mehreren Angriffs= oder Vertheidigungsmittel müssen sich auf denselben Anspruch beziehen. Es genügt aber, wenn auf einer Seite nur ein Angriffsmittel, auf der andern nur ein Vertheidigungsmittel geltend gemacht ist.

Die mehreren Angriffs= oder Vertheidigungsmittel müssen endlich selbstständig sein. Als selbstständig wird man nur solche gelten lassen dürfen, welche unabhängig von einem anderen prozessualen Verhalten des Angreifenden resp. des sich Vertheidigenden sind. Demgemäß gehören zu den selbstständigen Angriffs= oder Vertheidigungsmitteln: Klagegründe, Einreden, Repliken, Dupliken 2c. jeder Art, Widerklagen und Rechtsmittel. Dagegen gehören Beweismittel nicht hieher; denn um Beweismittel geltend zu machen, bedarf es vor Allem entweder einer Klags= oder Einredebehauptung des Beweisführers. Die Probe auf die Richtigkeit dieses Satzes von der Unselbstständigkeit der Beweismittel liefert folgende Erwägung: Hat der Kläger mehrere Klaggründe geltend gemacht oder wurde einem Klagegrund eine Einrede entgegengestellt, so kann entweder über die mehreren Klaggründe bezw. den Klagegrund und die Einrede zusammen verhandelt oder die Verhandlung zunächst auf Eines von beiden beschränkt werden. Geschieht das Letztere und wird beispielsweise zunächst die Verhandlung auf einen Klaggrund beschränkt, so versteht sich von selbst, daß auch nur über diesen Be=

weismittel angeboten werden können; geschieht dagegen das Erstere und erachtet das Gericht nach gepflogener Verhandlung vorerst nur Beweisbeschluß über den einen Klagegrund für nöthig, dann kann nicht von einem Verhandeln über die Beweismittel des andern als selbstständiger Angriffs- bezw. Vertheidigungsmittel die Sprache sein, weil über sie eben nur in Verbindung mit dem andern Klagegrund selbst verhandelt wird. Die Definition von L. Seuffert (Kommentar §§. 136, 137 Nr. 1 S. 140 ad II) wonach ein Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, um selbstständig zu sein, so beschaffen sein muß, daß es für sich allein eine ausschlaggebende Wirkung für den Prozeß hat, fällt entweder mit der hier versuchten zusammen, wenn man die Worte „für sich allein" urgirt, oder sie umfaßt auch solche Vertheidigungsmittel, die gewiß der Selbstständigkeit entbehren z. B. die einfache Negation. Denn man wird dieser nicht bestreiten, daß sie von ausschlaggebender Wirkung für den ganzen Prozeß sein kann.

Nicht minder unbestimmt sprechen Struckmann-Koch (Kommentar §. 137 Nr. 2 a. E.), die thatsächliche und rechtliche Anführungen von einer gewissen Geschlossenheit, welche eine besondere rechtliche Wirkung zu äußern bestimmt sind, als selbstständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel bezeichnen. Selbstständige Angriffs- bezw. Vertheidigungsmittel sind ferner nicht: ein Ablehnungsgesuch nach §. 44, ein Antrag auf Verweisung der Sache von der Civilkammer an die Handelskammer oder umgekehrt. Diesen Maßnahmen fehlt es schon an den Kriterien des Angriffs- oder Vertheidigungsmittels überhaupt.

7) Die Wirkung der Anordnung nach §. 137 besteht nicht in Herbeiführung mehrerer selbstständiger Prozeduren, sondern nur in einstweiliger Aussetzung der Verhandlung über einen Punkt bis zur Erledigung der Verhandlung über den andern, soweit nicht eine Wiedervereinigung (nach §. 141) verfügt wird. Die Folge ist, daß über den ausgesetzten Punkt unter allen Umständen die Verhandlung in dem nämlichen Prozeß erfolgen muß, soferne die einstweilige Verhandlung über den einen Punkt nicht zu einem endgiltigen Resultat führt. Wenn z. B. von zwei Klagegründen zuerst über den einen verhandelt wird und sich derselbe als unwahr oder als gleichgiltig erweist, so muß über den zweiten in dem nämlichen Prozeß weiter verhandelt werden. Unter allen Umständen findet der Prozeß in solchen Fällen durch ein Endurtheil seine Erledigung. Dieß schließt nicht aus, daß über das einzelne selbstständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, auf welches einstweilen die Verhandlung beschränkt wurde, durch Zwischenurtheil entschieden wird (§. 275). Beispiele sind: A klagt gegen B auf Zahlung von 500 ex deposito und eventuell ex mutuo. Die Verhandlung wird zunächst auf die Klage ex deposito beschränkt.

Im Laufe derselben ergibt sich, daß von einem Depositum nicht die Rede sein könne. Dann kann die Klage ex deposito durch Zwischenurtheil abgewiesen und zur Verhandlung über die Klage ex mutuo übergegangen werden; oder: A klagt auf Zahlung von 500 ex mutuo, B macht eine Gegenforderung auf 500 ex vendito geltend. Die Verhandlung wird zunächst auf letztere beschränkt. Hiebei stellt sich heraus, daß der Verkauf nichtig war. Es kann nun durch Zwischenurtheil die Einrede der Kompensation zurückgewiesen und über die Klagsbehauptung weiter verhandelt werden.

8) Die Aussetzungsbefugniß nach §. 137 gilt gleichfalls (s. o. Nr. 5) für alle Instanzen. Weder gegen die Trennungs- noch gegen die Aussetzungsverfügung finden selbständige Rechtsmittel statt (Arg. §§. 472, 507, 530).

9) Es gibt einzelne Fälle, in welchen das Gericht die Beschränkung der Verhandlung auf gewisse Vertheidigungsmittel vorläufig anordnen muß. So wenn der Beklagte auf Grund prozeßhindernder Einreden (§. 248 Abs. 1, dagegen §. 465), oder wenn der Litisdenunziat (§. 73 Abs. 1) die Verhandlung zur Hauptsache verweigert.

Eine solche Beschränkung der Verhandlung findet sogar in Fällen statt, wo es sich in Wahrheit gar nicht um Angriffs- oder Vertheidigungsmittel handelt. (Vgl. GVG. §. 106 Abs. 2 s. o. S. 38.)

---

§. 138. (§. 132 des Entw.)

Das Gericht kann die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können.

Motive: „Das Motiv (zu der in diesem Paragraphen eingeräumten Befugniß) ist bereits bei Erörterung der §§. 56, 57 angedeutet."

1) Dieser Paragraph ist das Gegenstück des §. 136 Abs. 1. Während dort die objektiv oder subjektiv gehäuften Klagen separirt werden dürfen, kann hier durch das Gericht eine objektive oder subjektive Klagenkumulation erzwungen werden.

Voraussetzungen dieser Maßregel sind:

a) Anhängigkeit mehrer Prozesse bei dem nämlichen Gerichte. Die

Anhängigkeit wird bei der ersten Instanz begründet durch die Erhebung der Klage (§. 235) und endigt für dieses Gericht mit Erlassung des Endurtheils. Durch die Erhebung der Berufung bezw. Revision (§. 477 §. 515) wird die Anhängigkeit in das Berufungs= bezw. Revisionsgericht verlegt, wo sie gleichfalls wieder durch Erlassung des Endurtheiles aufhört. Gleichgiltig für die Ausübung des Verbindungsrechts bleibt der Umstand, daß die mehreren Prozesse vor verschiedenen Civilkammern oder Civilsenaten desselben Gerichts anhängig sind. Die Art und Weise, in welcher dann die eine Kammer oder der eine Senat die bei ihm anhängige Sache an die oder den andern abzugeben hat, ist durch die Ausführungsgesetze zur CPO. und zum GVG. zu regeln.

Zweifel kann die Frage hervorrufen, ob diese Verbindungsbefugniß auch dann Platz greift, wenn eine Klage bei der Civilkammer, die andere bei der Kammer für Handelssachen anhängig ist. Lothar Seuffert (Kommentar §. 133 Nr. 2 a. E.) ist der Ansicht, die Erwägung, daß die bei einer Kammer für Handelssachen anhängig gewordenen Streitsachen nur unter ganz bestimmt normirten Voraussetzungen (vgl. GVG. §. 103, 105, 106) an die Civilkammer und umgekehrt die bei einer Civilkammer anhängig gewordenen Sachen nur unter ganz bestimmt normirten Voraussetzungen (vgl. GVG. §§. 104, 106) an die Kammer für Handelssachen verwiesen werden können, nöthige zur Verneinung der Frage, obwohl er nicht verkennt, daß die rechtliche Stellung der Kammern für Handelssachen als Landgerichtsabtheilungen für die Bejahung zu sprechen scheine. Die gegen die Bejahung angeführten Gründe sind jedoch m. E. nicht durchschlagend. Die allegirten Bestimmungen des GVG. behandeln gar nicht den Fall einer von Amtswegen angeordneten Verbindung mehrer Prozesse, sondern fixiren nur die Voraussetzungen, unter welchen ein vor die eine Kammer nicht gehöriger Prozeß an die andere verwiesen werden kann bezw. muß. Demnach halte ich doch die Bejahung der aufgeworfenen Frage für geboten.

b) Rechtlicher Zusammenhang der in den mehreren Prozessen geltend gemachten Ansprüche oder Zulässigkeit ihrer Geltendmachung in einer Klage.

Was die erste dieser Alternativen betrifft, so ist auf das zu §. 33 Nr. 5 und §. 136 Nr. 2 a. E. Bemerkte zu verweisen. Denn es fehlt an jedem Grunde, den „rechtlichen Zusammenhang“ in §. 138 anders zu verstehen als den in §. 236, wie Lothar Seuffert (Kommentar §. 138 Nr. 1) annehmen zu müssen glaubt. Es kann deßhalb auch nicht zugegeben werden, daß der „rechtliche Zusammenhang“ im Sinne dieses Paragraphen in seinen Grenzen verschwimme wegen der diesen Zusammenhang nicht erfor=

dernden zweiten Alternative. Ein Beispiel wird dieß hinreichend klar stellen: Wenn vor der Civilkammer des Landgerichts eine Klage des A gegen B auf Herausgabe eines Pfandes anhängig ist und gleichzeitig eine actio pigneraticia contraria des B gegen den A auf Ersatz des durch seine Schuld verursachten Schadens, den die Pfandsache angerichtet hat, so kann das Gericht die Verbindung beider Prozesse wegen rechtlichen Zusammenhangs verfügen. Ebenso wenn beide Kontrahenten eines Kauf- oder Mieth- oder sonstigen zweiseitigen Vertrages selbstständig auf Erfüllung vor demselben Gerichte klagen.

Wann die zweite Alternative vorliege, das bemißt sich nach den §§. 56, 57, soferne es sich um die Prozesse verschiedener Parteien, nach §. 232, soferne es sich um die Prozesse derselben Parteien handelt.

Auf die Zuständigkeit des Gerichtes hat die Verbindung der mehreren Prozesse keinen Einfluß, d. h. es findet eine Zusammenrechnung der in den verschiedenen Prozessen beanspruchten Werthe (§. 5) nicht statt. Dieß folgt aus §. 235 Ziff. 2 (vgl. o. zu §. 5 Nr. 5 S. 56).

Eine wahre Streitgenossenschaft mit den Folgen der §§. 59 und 60 entsteht durch die Anordnung der Verbindung nicht. Wohl aber findet §. 95 Abs. 1 unter Umständen Anwendung (s. o. zu §. 95 Nr. 1 c S. 330 und dagegen L. Seuffert a. a. O. zu §. 95 Nr. 1 und §. 138 Nr. 1 a. E.).

2) Zweck der Verbindung nach §. 138 ist gleichzeitige Verhandlung und Entscheidung der mehreren Prozesse, also Erlassung eines einzigen Endurtheils über alle. Doch steht dem Gerichte frei, (nach §. 141) die angeordnete Verbindung wieder aufzuheben, während es zu einem Theilurtheile (nach §. 273) nicht schreiten darf.

3) Wie die §§. 136, 137, so gilt auch §. 138 für alle Instanzen. — Ein selbstständiges Rechtsmittel findet gegen die Anordnung der Verbindung nicht statt (vgl. zu §§. 136, 137 Nr. 8).

4) Im Aufgebotsverfahren ist die Anordnung der Verbindung unabhängig von den in §. 138 aufgestellten Voraussetzungen (vgl. §. 836).

---

§. 139. (§. 133 des Entw.)

Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, daß die Verhandlung bis zur

Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei.

§. 140 [1]. (§. 134 des Entw.)

Das Gericht kann, wenn sich im Laufe eines Rechtsstreits der Verdacht einer strafbaren Handlung ergiebt, deren Ermittelung auf die Entscheidung von Einfluß ist, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen.

Motive: „Die §§. 133, 134 stimmen im Wesentlichen mit den Vorschriften der neuen Prozeßgesetze und Prozeßgesetzentwürfe überein. (Würtemberg Art. 6, 209; Bayern Art. 190, 191; hannov. Entw. §§. 145, 146; preuß. Entw. §§. 272, 274; nordd. Entw. §§. 319, 320, 393)".

1) Voraussetzungen für die Anwendung des §. 139 sind:

a) Bedingtheit der Entscheidung durch das Bestehen oder Nichtbestehen eines anderen Rechtsverhältnisses.

b) Anhängigkeit eines anderen Rechtsstreits, dessen Gegenstand eben dieses Rechtsverhältniß bildet, oder Nothwendigkeit der Feststellung desselben durch eine Verwaltungsbehörde.

Ob die Voraussetzung ad a vorliege, entscheidet sich nach dem einschlägigen Civil- oder Staatsrecht. Dieselbe liegt z. B. vor, wenn ein Alimentationsanspruch auf Grund der Vaterschaft geltend gemacht wird oder wenn sich der Anspruch auf Erbrecht stützt; wenn eine Zinsforderung den Gegenstand des Streites bildet und Vaterschaft, Erbrecht, Kapitalforderung bestritten sind; ferner wenn der Anspruch eines Reichsbeamten auf Gehalt in Frage kommt, ehe festgestellt ist, ob und von welchem Zeitpunkte ab er aus seinem Amte entfernt, einstweilig oder definitiv in den Ruhestand versetzt sei u. dgl. (Reichsbeamtengesetz v. 31. März 1873 §§. 150, 155; RGBl. S. 88, 89); wenn auf Grund des Gesetzes v. 27. Juni 1871 betr. die Pensionirung und Versorgung der Militärpersonen des Reichsheeres und der Kaiserlichen Marine vermögensrechtliche Ansprüche erhoben werden, zu deren Begründung die Feststellung des Grades der Dienstunfähigkeit, des Kriegs- oder Friedensverhältnisses rc. nothwendig ist. (§. 115 des angeführten Gesetzes; RGBl. S. 302; hiezu s. Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses Bd. VI S. 667; vgl. ferner z. B. Bayerisches Forstgesetz vom 28. März 1852 Art. 23 Abs. 2; 25 Abs. 4; 26 Abs. 1; 28 Abs. 2;

---

[1]) Ein Gegenstück zu §. 140 s. in §. 261 der Strafprozeßordnung.

Seuffert's Bl. f. RA. Bd. 32 S. 328 ff.; Art. 48 der Gemeindeordnung vom 29. April 1869; Seuffert's Bl. f. RA. Bd. 40 S. 215.)

Zur Voraussetzung sub b ist zu unterscheiden, ob das präjudizielle Rechtsverhältniß den Gegenstand eines Rechtsstreites bildet oder in die Kompetenz der Verwaltungsbehörden fällt. Ersteren Falles muß der Rechtsstreit zu der Zeit bereits anhängig sein, wo das Gericht von §. 139 Gebrauch machen will. Letztern Falles genügt der Umstand, daß die Entscheidung des betr. Rechtsverhältnisses an sich zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden gehört, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben bereits damit befaßt sind oder nicht. In dieser an sich begründeten Kompetenz der Verwaltungsbehörden liegt die mit den Worten „festzustellen ist" ausgedrückte Nothwendigkeit der Feststellung durch eine Verwaltungsbehörde (oben sub b).

2) In all' diesen Fällen ist das Gericht nur befugt, die Verhandlung des Rechtsstreites auszusetzen, es besteht hiezu aber keine Verpflichtung. Vielmehr sind die Gerichte prinzipiell zur Prüfung und Entscheidung aller, auch der präjudiziellen Inzidentfragen legitimirt. Nur da, wo Verwaltungsgesetze die Betretung des Rechtsweges von vorgängiger Entscheidung der Verwaltungsbehörde abhängig machen, wird die Aussetzung des Verfahrens obligatorisch sein, wo nicht die Klage abgewiesen werden will wegen mangelnden Nachweises der administrativen Entscheidung. (Vgl. Ges. betr. die Pensionirung und Versorgung von Militärpersonen ꝛc. vom 27. Juni 1871 §. 114; Reichsbeamtengesetz §. 150; Reichsgewerbeordnung §. 108.)

3) Die Anordnung des Gerichts nach §. 139 ist dahin gerichtet, daß der Rechtsstreit auszusetzen sei bis zur Erledigung des präjudiziellen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der präjudiziellen Verwaltungssache. Unter Erledigung des Rechtsstreits ist die Beendigung desselben durch rechtskräftiges Urtheil, Vergleich oder Prozeßabstand, unter Entscheidung der Verwaltungsbehörde eine rechtskräftige Entscheidung gemeint. Dieß ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber aus dem Zweck der Maßregel des §. 139; wenn das Gericht einmal den Inzidentpunkt nicht selbst entscheiden will, so geschieht dieß deshalb, um für denselben durch die Entscheidung der hiefür kompetenten Stelle eine sichere Grundlage zu gewinnen, die unmöglich in einer anfechtbaren Entscheidung gefunden werden kann.

4) Der Aussetzungsbeschluß kann wieder aufgehoben werden (§. 141, Komm.-Prot. S. 55 zu §. 134 des Entw.) und zwar entweder von dem Prozeßgericht selbst auf Antrag oder von Amtswegen, oder von dem vorgesetzten Gerichte auf erhobene Beschwerde (§. 229 und §. 530). Sofortige Beschwerde findet statt gegen die Ablehnung eines auf Aussetzung gestellten Antrags. (§. 229.)

5) Die Wiederaufnahme der ausgesetzten Verhandlung erfolgt, soferne

sie nicht im amtsgerichtlichen Verfahren durch mündlichen Antrag in der Sitzung (§. 461) geschieht, durch Zustellung eines Schriftsatzes (§. 227 und Motive zu Tit. 5 des 3. Abschnittes im I. Buch §§. 217 ff.) und es ist daher L. Seuffert (Kommentar §. 139 Nr. 3) nicht zuzustimmen, wenn er sagt, für die Wiederaufnahme sei eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben. (Vgl. u. zu §§. 191 ff. Nr. 1 e.)

6) Die Wirkung des Aussetzungsbeschlusses richtet sich nach §. 226.

7) Durch §. 139 ist der Satz des Gemeinen Civilprozeßrechtes, daß von zweien im Präjudizialverhältnisse stehenden gleichzeitig anhängigen Prozessen der wichtigere (präjudizielle) zuerst verhandelt und entschieden werden müsse, der minder wichtige einstweilen auszusetzen sei, aufgehoben, wogegen die sogenannten exceptiones praeiudicii (quod praeiudicium hereditati [oder fundo] non fiat) als materiell rechtliche Exceptionen fortbestehen. (cf. Bülow, die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen S. 161—236 und hierüber Planck, Kritische Vierteljahresfrist Bd. XI S. 160 ff., insbes. 183 f., 188; Wetzell, System §. 64; Renaud, Lehrbuch des Civilprozeßrechts §. 153; Seuffert, prakt. Pandektenrecht 4. Aufl. §. 582 Note 2 u. die dort. Citt.)

8) Für Anwendung des §. 140 ist es gleichgiltig, gegen wen der Verdacht einer strafbaren Handlung sich erhebt; es ist m. a. W. nicht nothwendig, daß ein solcher gegen einen der streitenden Theile begründet sei. Vielmehr wird sogar die häufigste Veranlassung der Aussetzung der Verdacht des Meineids gegen Zeugen sein; daneben wird im Laufe des Urkundenbeweises der Verdacht einer Urkundenfälschung sei es einer Partei, sei es eines Dritten die Anwendung des §. 140 besonders nöthig machen.

9) Der Ausgang des bezüglichen Strafverfahrens hat für den Civilrichter keine bindende Kraft (vgl. EG. z. CPO. §. 14 Ziff. 1). Anders die bayr. CPO. Art. 323.

10) Daß das bezügliche Strafverfahren bereits anhängig sei, ist keine Voraussetzung des §. 140. Die Erledigung des Strafverfahrens im Sinne des §. 140 ist nicht blos mit dem rechtskräftigen Endurtheile gemäß §. 259 der StPO. gegeben, sondern auch durch rechtskräftigen Ablehnungs- oder Einstellungsbeschluß des Staatsanwalts (§§. 168, 169 cf. §§. 170—173 der StPO.), oder des Gerichts (§§. 196, 203), Zurücknahme der Privatklage, Tod des Privatklägers (§§. 431, 433) oder Tod des Verfolgten.

11) Ueber die Aufhebung des Aussetzungsbeschlusses nach §. 140 und die Wiederaufnahme des Verfahrens gilt das unter Nr. 4 u. 5 Gesagte.

---

§. 141. (§. 135 des Entw.)

Das Gericht kann die von ihm erlassenen, eine Trennung, Verbindung oder Aussetzung betreffenden Anordnungen wieder aufheben.

1) Ordnet das Gericht die Wiederaufhebung der Trennung an, so ist die natürliche Folge der Wiedereintritt der Verbindung, für welche die Voraussetzungen des §. 136 schon vorhanden gewesen sein müssen. Ist inzwischen einer der zuerst verbundenen und dann getrennten Prozesse erledigt worden z. B. durch Vergleich, so kann freilich die Wiederaufhebung der Trennung keine Wirkung haben. Wiederaufhebung der angeordneten Verbindung wirkt gleich dem Trennungsbeschlusse, falls die verbundenen Prozesse in einer Klage hätten anhängig gemacht werden können. War die Verbindung wegen rechtlichen Zusammenhangs der mehreren Ansprüche erfolgt, so kann man nicht eigentlich sagen, daß die Wirkung des Trennungsbeschlusses eintrete, weil in diesem Fall die Voraussetzungen des §. 136 gar nicht vorliegen. (Vgl. zu §. 138 Nr. 1b.) Darum ist nicht zutreffend, was Lothar Seuffert bemerkt (a. a. O. §. 141 N. 1 a. E.), daß die Wiederaufhebung der Verbindung nur erfolgen könnte, wenn die Voraussetzungen der §§. 136, 137 vorlägen.

2) Die Wiederaufhebung des Aussetzungsbeschlusses beendigt die Wirkungen der Aussetzung (s. zu §§. 139, 140 Nr. 6), auch ohne daß eine formelle Wiederaufnahme (s. zu §§. 139, 140 Nr. 5) erfolgt zu sein brauchte.

---

§. 142. (§. 136 des Entw.)

Das Gericht kann die Wiedereröffnung einer Verhandlung, welche geschlossen war, anordnen.

Motive: „Wenn die Sache nach Ansicht des Gerichts vollständig erörtert ist, schließt der Vorsitzende die Verhandlung (§. 123 Abs. 4). Ergiebt sich jedoch bei der Berathung der Entscheidung, daß in der einen oder anderen Beziehung die Erörterung nicht vollständig gewesen ist, so kann das Gericht nach §. 136 die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung anordnen. Die Wiedereröffnung hat zur Folge, daß die geschlossene Verhandlung ihrem ganzen Umfange nach von Neuem eröffnet wird, so daß sich die wiedereröffnete Verhandlung auch auf andere Punkte erstrecken kann, als welche zur Wiedereröffnung den Anlaß gegeben haben (vgl. nordd. Prot. I S. 305, 306)".

1) Ueber die Gründe der Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung ist das Gericht keine Rechenschaft schuldig. Sie können der verschiedensten Art sein z. B.: Bedürfniß des Gerichts nach weiteren thatsächlichen Aufklärungen Seitens der Parteien oder Verschiedenheit der Auffassung der einzelnen Gerichtsmitglieder über die thatsächlichen Erklärungen der Parteien, Unbekanntschaft eines Gerichtsmitgliedes mit denselben wegen Ausscheidens eines bei der Verhandlung gegenwärtigen Gerichtsmitgliedes u. dgl.

2) Der Wiedereröffnungsbeschluß kann von Amtswegen erlassen werden. Seine Wirkung ist in den Motiven angedeutet und besteht in der Möglichkeit, daß die Parteien aller Angriffs- und Vertheidigungsmittel sich noch bedienen, welche überhaupt bis zum Schlusse einer Verhandlung möglich sind (Einreden, Widerklage, Repliken §. 251). Der Wiedereröffnungsbeschluß gehört zu denjenigen Beschlüssen, welche nicht auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen. Deßhalb bedarf es einer Verkündigung desselben nicht (§. 294 Abs. 1). Sie kann aber stattfinden und wird wohl in der Praxis regelmäßig stattfinden, da sich die Nothwendigkeit der Wiedereröffnung hauptsächlich nach der Berathung über die geschlossene Verhandlung und vor der Urtheilsverkündung ergeben wird; dann bietet sich die Verkündung des Beschlusses in dem zur Urtheilsverkündung bestimmten Termin von selbst dar. Wenn die Verkündung jedoch nicht stattgefunden hat, so ist die Zustellung des Beschlusses an die Parteien von Amtswegen zu bethätigen (§. 294 Abs. 3).

---

§. 143. (§. 137 des Entw.)

Das Gericht kann Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt, den weiteren Vortrag untersagen.

Das Gericht kann Bevollmächtigte und Beistände, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, zurückweisen.

Eine Anfechtung dieser Anordnungen findet nicht statt.

Auf Rechtsanwälte finden die Vorschriften dieses Paragraphen keine Anwendung.

Motive: „Wird einer Partei, einem Bevollmächtigten oder einem Beistande der weitere Vortrag untersagt, oder ein Bevollmächtigter oder ein Beistand zurückgewiesen, so ist die Verhandlung zu vertagen. Erscheinen diese Personen trotz der Untersagung oder Zurückweisung von Neuem und wird die Untersagung oder Zurückweisung von Neuem ausgesprochen, so ist

die Partei, wenn die Anordnung gegen sie selbst oder gegen ihren Bevollmächtigten gerichtet ist, in Gemäßheit des §. 138 als nicht erschienen anzusehen und demgemäß auf Antrag gegen sie ein Versäumnißurtheil zu erlassen. Eine Partei, welche die erste Untersagung oder Zurückweisung nicht respektirt, verdient keine weitere Schonung, als ihr der Einspruch gegen das Versäumnißurtheil bietet (vgl. nordd. Entw. §. 329, nordd. Prot. I S. 255, 291, 292)."

1) Den in Abs. 1 genannten Personen kann das Gericht (nicht der Vorsitzende) bei mangelnder Fähigkeit zum geeigneten Vortrage den weiteren Vortrag untersagen. Hieraus ergibt sich, daß das Gericht jede dieser Personen zum Vortrage zulassen muß, selbst wenn die Ueberzeugung aus früheren Vorkommnissen bei dem Gerichte feststünde, daß denselben die erwähnte Fähigkeit fehlt. Welche Anforderungen an den Vortrag zu stellen seien, damit derselbe als geeignet im Sinne des Gesetzes erscheine, bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen. Daß die Unkenntniß der deutschen Sprache keine Unfähigkeit zu geeignetem Vortrage sei, wurde in der Reichstagssitzung vom 18. November 1876 Seitens der Regierungen ausdrücklich anerkannt. (Vgl. Stenogr. Berichte über die 11. Sitzung des Reichstags in der Herbstsession von 1876 S. 173, 174.) Nachdem nemlich der Abgeordnete Dr. v. Donimirsky und Genossen den Antrag auf Streichung des §. 137 des Entwurfs hauptsächlich deßhalb eingebracht hatten, weil sie befürchteten, es möchte dieser Paragraph in den polnischen Landestheilen Preußens die Richter zur Untersagung des weiteren Vortrages gegenüber solchen Personen verleiten, welche nur der polnischen Sprache mächtig seien, erklärte der Reichskanzleramtsdirektor von Amsberg: „Der §. 137 hat mit der Sprachenfrage durchaus nichts zu thun. Die Sprachenfrage ist in dem Gerichtsverfassungsgesetze in den §§. 150 ff.[1]) speziell erledigt. Es sind für diesen spezielleren Fall, also wenn es sich handelt um Parteien, welche der Gerichtssprache, der deutschen Sprache, nicht mächtig sind, besondere Bestimmungen getroffen. Der Fall des §. 137 bezieht sich auf einen ganz anderen Punkt; er bezieht sich darauf, daß der Richter mit Parteien zu thun hat, die effektiv gar nicht fähig sind, sei es in der deutschen, sei es in einer anderen Sprache, sich in solcher Weise auszudrücken, daß überhaupt mit ihnen verhandelt werden kann. Ich möchte zunächst hinweisen auf einen Fall, der vielfach vorkommt: der Betreffende stottert; in einem solchen Falle ist es vollständig unmöglich, eine ordnungsmäßige Verhandlung zu führen, — oder die betreffende Partei ist konfuse, so daß es nicht mög-

[1]) Nunmehr §§. 186 ff. Vgl. oben S. 387 ff.

lich ist, aus der Partei herauszubringen, was sie eigentlich will, nach welcher Richtung sie Anträge zu stellen respektive sich zu vertheidigen beabsichtigt. In solchen Fällen ist es durchaus nothwendig, daß der Richter und zwar im Interesse der Partei selbst, darauf bringt, daß eine andere Person für sie eintrete, daß eine andere Person ihre Rechte vor Gericht vertrete. Lediglich dieß hat im §. 137 ausgesprochen werden sollen." Trotz dieser Erklärung, nach welcher Dr. v. Donimirsky seinen Antrag zurückzog, wird den Gerichten ein vorsichtiger Gebrauch des §. 137 Abs. 1 zu empfehlen sein. Denn es läßt sich nicht verkennen, daß eine große Härte darin liegen würde, daß einem Stotternden, der mittellos ist und sich einen Anwalt nicht annehmen kann, von dem Amtsrichter der weitere Vortrag untersagt wird; das Armenrecht kann ihm ja im amtsgerichtlichen Verfahren zu einem Anwalt nicht verhelfen [s. o. §. 107 und Motive dazu S. 365] [2]).

Nach §. 189 des GVG. (s. o. S. 389) kann einer der deutschen Sprache unkundigen Partei im Anwaltsprozesse der Vortrag versagt, folglich auch der weitere Vortrag untersagt werden.

2) Die Zurückweisung gemäß §. 143 Abs. 2 kann nur im Parteiprozesse stattfinden (Arg. Abs. 4). Sie setzt voraus, daß der betreffende Prozeßbevollmächtigte oder Beistand das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreibt. Da „geschäftsmäßig" inhaltlich der Motive im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs genommen werden soll, so ist darunter wohl nur zu verstehen „als Geschäft" und zwar „als selbstständiges Geschäft," so daß die Gehilfen der Rechtsanwälte von dieser Bestimmung insolange nicht getroffen werden, als sie Namens ihrer Prinzipale auftreten, jedoch nach den Bestimmungen der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 (RGBl. S. 177 ff.) §. 25 Abs. 3 nur insoweit, als sie bereits zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigt worden sind. Für solche Gehilfen der Anwälte gilt auch §. 143 Abs. 1 nicht. (Rechtsanwaltsordnung a. a. O.)

Die Zurückweisung ist nur zugelassen, nicht vorgeschrieben. Ein dahin zielender in der Justizkommission gestellter Antrag des Abgeordneten Eysoldt wurde abgelehnt (Komm.-Prot. S. 55) [3]).

---

[2]) Siehe jedoch nunmehr §. 34 der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 (RGBl. S. 177 ff.).

[3]) Nach der bayer. CPO. ist eine solche Zurückweisung überhaupt unzulässig gewesen. Praktisch konnte derselbe Zweck erreicht werden durch Versagung des Gebührenersatzes, s. bayer. CPO. Art. 78, 117; Wernz, Kommentar S. 107 Nr. 2 u. 3.

3) Macht das Gericht von der Befugniß des §. 143 Abs. 1 oder 2 Gebrauch, so ist die Verhandlung zunächst zu vertagen. Dieß folgt aus §. 144, wonach erst im Wiederholungsfalle die Versäumnißfolgen eintreten.

---

§. 144. (§. 138 des Entw.)

Ist eine bei der Verhandlung betheiligte Person zur Aufrechthaltung der Ordnung von dem Orte der Verhandlung entfernt worden, so kann auf Antrag gegen sie in gleicher Weise verfahren werden, als wenn sie freiwillig sich entfernt hätte. Dasselbe gilt in den Fällen des vorhergehenden Paragraphen, sofern die Untersagung oder Zurückweisung bereits bei einer früheren Verhandlung geschehen war.

Motive: „Für den Fall, daß auf Grund der Vorschriften über die Sitzungspolizei (Gerichtsverfassungsgesetz §§. 177 ff.) eine bei der Verhandlung betheiligte Person (Partei, Zeuge, Sachverständiger u. s. w.) von dem Orte der Verhandlung entfernt wird, bedurfte es einer Bestimmung, um die Folge festzustellen, welche eine derartige Entfernung in Betreff der Verhandlung hat. Diese Bestimmung trifft der §. 138 im Anschlusse an Bayern Art. 151, Württemberg Art. 219, hann. Entw. §. 153, hess. Entw. Art. 214, preuß. Entw. §. 252, nordd. Entw. §. 329 (vgl. nordd. Prot. I S. 311).

„Ist eine Partei wegen ungeeigneten Betragens entfernt, so ist, wenn nicht das Gericht die Verhandlung vertagt, die Folge verschieden, je nachdem die entfernte Partei bereits verhandelt hat oder nicht. In dem ersteren Falle ist sie nur mit Demjenigen ausgeschlossen, was sie noch nicht vorgebracht hat, wogegen das von ihr Vorgebrachte zu berücksichtigen ist; das Urtheil ist kontradiktorisch. Findet eine Fortsetzung der Verhandlung statt, so kann die Partei das in dem früheren Verhandlungstermine noch nicht Vorgebrachte nachholen, so daß in diesem Falle ihre Entfernung Nachtheile in der Sache nur insofern zur Folge hat, als auf Grund des bereits stattgehabten Verhandlungstermins erlassene Zwischenurtheile ihrem Vorbringen Schranken setzen (vgl. hannov. Prot. XIV S. 5054, 5055). In dem letzteren Falle ist die Partei als nicht erschienen zu betrachten (§. 288), mithin gegen sie auf Antrag ein Versäumnißurtheil zu erlassen. Wann aber anzunehmen ist, daß die Partei verhandelt habe, läßt sich als quaestio facti durch gesetzliche Bestimmungen nicht regeln (vgl. Motive zu §§. 285, 288, 290—292)."

1) Der erste Satz des Paragraphen bezieht sich auf die Fälle des §. 178 d. GVG. (s. o. S. 385). In diesen Fällen soll gegen die von dem Verhandlungsorte entfernte Person wie gegen eine freiwillig sich entfernende auf Antrag verfahren werden. Dieses Verfahren ist verschieden je nach der prozessualen Stellung der entfernten Person. Ist dieselbe Partei oder Prozeßbevollmächtigter, so kann die Gegenpartei, falls es bis zur Entfernung noch nicht zur Verhandlung gekommen war, Versäumnißurtheil beantragen (§§. 295 ff.); unter allen Umständen kann die Verhandlung ohne Rücksicht auf die entfernte Person zu Ende geführt und diese so mit Geltendmachung weiterer Behelfe von der Instanz ausgeschlossen werden; insbesondere wird auch §. 129 Abs. 2 gegen die entfernte Person Platz greifen können. Ist die entfernte Person ein Beistand (§. 86), so knüpfen sich an ihre Entfernung für die Partei weitere prozessuale Nachtheile als die Entziehung des Beistandes nicht. Ist sie Zeuge oder Sachverständiger, so können auf Antrag die Strafen der §§. 345 Abs. 1, 355 Abs. 1 und 2, 374 Abs. 1 gegen sie verhängt werden.

2) Der Schlußsatz des Paragraphen trifft die Wiederholungsfälle des §. 143, m. a. W. die Fälle, in welchen schon einmal Vertagung wegen Untersagung des weiteren Vortrags oder Zurückweisung verfügt ist und in der neuerlichen Verhandlung die Untersagung bezw. Zurückweisung zum zweiten Male erfolgt. Dabei wird jedoch vorauszusetzen sein, daß die betr. Anordnung gegen dieselbe Person wie in der ersten Verhandlung erlassen werde. Demnach könnte nach §. 144 nicht vorgegangen werden, wenn einmal der Partei der weitere Vortrag untersagt worden wäre und in der zweiten Verhandlung ein von ihr gesandter Prozeßbevollmächtigter nach §. 143 Abs. 2 zurückgewiesen oder am weiteren Vortrag gehindert würde; das Gleiche gilt, wenn in der ersten Verhandlung der Bevollmächtigte A, in der zweiten der Bevollmächtigte B zurückgewiesen wird. (Arg. Motive zu §. 143 vv: „Erscheinen diese Personen von Neuem" 2c. A. M. L. Seuffert, Kommentar §. 144 Nr. 2). Selbstverständlich ist der Schlußsatz des §. 144 nur anwendbar, wenn sich die Wiederholung der Verfügung nach §. 143 in demselben Prozesse ereignet. Ein Antrag des Abg. Grimm, hinter „Verhandlung" einzuschalten: „sei es in der gleichen oder in anderer Sache" wurde zurückgezogen (Komm.-Prot. S. 55).

3) In beiden von §. 144 betroffenen Fällen ist dem Gerichte nur die Befugniß, nicht die Pflicht übertragen, auf Antrag gegen die Entfernten bezw. Zurückgewiesenen in contumaciam zu verfahren. Es steht aber nichts im Wege, daß das Gericht von Amtswegen oder auf Antrag die Verhandlung auch hier vertage (§§. 206, 300 Abs. 1).

---

§. 145. (§. 139 des Entw.)

Ueber die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte ist ein Protokoll aufzunehmen.

Das Protokoll enthält:

1) den Ort und den Tag der Verhandlung;
2) die Namen der Richter, des Gerichtsschreibers und des etwa zugezogenen Dolmetschers;
3) die Bezeichnung des Rechtsstreits;
4) die Namen der erschienenen Parteien, gesetzlichen Vertreter, Bevollmächtigten und Beistände;
5) die Angabe, daß öffentlich verhandelt oder die Oeffentlichkeit ausgeschlossen ist.

§. 146. (§. 140 des Entw.)

Der Gang der Verhandlung ist nur im Allgemeinen anzugeben.

Durch Aufnahme in das Protokoll sind festzustellen:

1) die Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird;
2) die Anträge und Erklärungen, deren Feststellung vorgeschrieben ist;
3) die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, sofern dieselben früher nicht abgehört waren oder von ihrer früheren Aussage abweichen;
4) das Ergebniß eines Augenscheins;
5) die Entscheidungen (Urtheile, Beschlüsse und Verfügungen) des Gerichts, sofern sie nicht dem Protokolle schriftlich beigefügt sind;
6) die Verkündung der Entscheidungen.

Der Aufnahme in das Protokoll steht die Aufnahme in eine Schrift gleich, welche dem Protokolle als Anlage beigefügt und als solche in demselben bezeichnet ist.

§. 147. (§. 141 des Entw.)

Die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen kann unterbleiben, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgericht erfolgt und das Endurtheil der Berufung nicht unterliegt. In diesem Falle ist in dem Protokolle nur zu bemerken, daß die Vernehmung stattgefunden habe.

§. 148. (§. 142 des Entw.)

Das Protokoll ist insoweit, als es die Nr. 1—4 des §. 146 betrifft, den Betheiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen. In dem Protokolle ist zu bemerken, daß dies geschehen und die Genehmigung erfolgt sei oder welche Einwendungen erhoben sind.

§. 149. (§. 143 des Entw.)

Das Protokoll ist von dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben.

Ist der Vorsitzende verhindert, so unterschreibt für ihn der älteste beisitzende Richter. Im Falle der Verhinderung des Amtsrichters genügt die Unterschrift des Gerichtsschreibers.

§. 150. (§. 144 des Entw.)

Die Beobachtung der für mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt desselben ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.

Motive: „Die §§. 139—144 enthalten ausführliche Vorschriften über das Protokoll, welches von dem Gerichtsschreiber über „die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte" aufzunehmen ist (Sitzungsprotokoll, vgl. §§. 259, 260, 450)."

1) Zu §§. 145—150: Der Begriff des Protokolles ergibt sich aus dem nothwendigen Inhalte und der Form desselben, wie sie die §§. 145—150 vorzeichnen. Von wem das Protokoll zu führen sei, ist im Gesetze selbst nicht ausgesprochen. Nur die Motive heben hervor, es sei dieß Aufgabe des Gerichtsschreibers. Das Zutreffende dieser Anschauung ergibt sich schon aus dem Umstande, daß eine Persönlichkeit zur Führung des Protokolles sich in dem besetzten Gerichte sonst nicht findet. Denn die Aufgabe des Vorsitzenden und des Gerichts ist durch die §§. 127, 130—144 abgegrenzt.

Aus §. 148 und aus dem Zweck des Protokolles ergibt sich, daß es während der Verhandlung zu fertigen ist. Dabei ist es zulässig, daß der Gerichtsschreiber auf Grund seiner Stenogramme das Protokoll ausarbeitet. Aber anstatt der Protokollführung durch den Gerichtsschreiber stenographische Aufzeichnungen durch verpflichtete Stenographen einzuführen, wie ein abgelehnter Antrag des Abg. Herz in der Justizkommission den Landesgesetzgebungen freizustellen beabsichtigt hatte, ist unzulässig (Komm.-Prot. S. 665).

In der Abfassung des Protokolles soll der Gerichtsschreiber prinzipiell selbstständig handeln. In dieser Richtung gab der Reichskanzleramtsdirektor von Amsberg auf eine Anfrage des Abgeordneten Herz in der Justizkommission folgende Erklärung ab: „Nach der Intention des Entwurfs sollen die Protokolle über Zeugen- und Sachverständigenvernehmung in der Regel nicht diktirt, sondern vom Gerichtsschreiber selbstständig durch Fixirung der wesentlichen Punkte geführt werden. Ein „Diktiren" sei zwar nicht absolut ausgeschlossen, er hoffe aber, es werde das eine Seltenheit sein." Dabei verwies er auf §. 140 des Entwurfs, so daß, was ohnehin der Natur der Sache entspricht, diese Andeutungen auch für die Protokollführung im Allgemeinen gelten (Komm.-Prot. S. 152).

2) Zu 145: Dieser Paragraph bestimmt die Form der Einleitung eines Protokolles. Danach gestaltet sich dieselbe etwa wie folgt:

Protokoll
in Sachen
Johann Maier, Privatier in München, Kläger, vertreten durch Anwalt X
gegen
Friedrich Schmid, Oekonom in Wasserburg, vertreten durch Anwalt Y
wegen Eigenthums
aufgenommen in der öffentlichen Sitzung des königlichen Landgerichts München am 15. Juni 1880.

Gegenwärtig:
A, Landgerichtspräsident,
B und C, Langerichtsräthe,
D, Gerichtsschreiber.

Bei der heutigen Verhandlung war von den Parteien der Kläger in Person erschienen mit dem Rechtsanwalt X als seinem Prozeßbevollmächtigten; für den Beklagten Rechtsanwalt Y.

oder:

Protokoll
in Sachen
Michael Schneider, Uhrmacher in Rosenheim, vertreten &c.
gegen
Kaspar Schneider, Kaufmann in Traunstein, vertreten &c.
wegen Entmündigung
aufgenommen in der Sitzung des königlichen Landgerichts Rosenheim unter Ausschluß der Oeffentlichkeit am 12. Mai 1881.

Gegenwärtig: (wie oben) Eingang: (wie oben)

In Ehesachen muß das Protokoll noch den Namen des mitwirkenden Staatsanwaltes enthalten (§. 569 Abs. 4).

3) Zu §. 146: Die allgemeine Angabe des Ganges der Verhandlung wird sich darauf beschränken, zu konstatiren, daß die Parteien bezw. Prozeßbevollmächtigten und in welcher Reihenfolge sie die Klage begründeten bezw. bekämpften, daß und von wem Beweismittel bezeichnet wurden und welche, daß und welche Urkunden produzirt wurden, daß Zeugen oder Sachverständige vernommen, Eide geleistet oder verweigert wurden u. dgl. Die Aufnahme der sub 1—6 des §. 146 bezeichneten Feststellungen in's Protokoll ist obligatorisch.

Zu den in Ziff. 1 genannten Anerkenntnissen gehören nicht Geständnisse. Anerkenntnisse sind rechtliche Dispositionen zu Gunsten des Gegners, Geständnisse dagegen Erklärungen, daß sich Thatsachen so verhalten, wie vom Gegner behauptet wird resp. in seinem Interesse liegt.

Vorgeschrieben ist die Feststellung von Anträgen und Erklärungen (Ziff. 2) in den §§. 269, 270, 470, 569. Nach §. 269 müssen Anträge, die nicht in den vorbereitenden Schriftsätzen enthalten sind, schriftlich fixirt und in solcher Gestalt bei Meidung der Nichtberücksichtigung dem Protokolle als Anlage beigefügt werden (s. §. 146 Abs. 3); §. 270 schreibt die gleiche Form der Einverleibung in's Protokoll vor für wesentliche, in den vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthaltene oder wesentliche Abweichungen von diesen enthaltende Erklärungen, für Geständnisse und Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide, wenn diese Einverleibung beantragt wird. Gemäß §. 470 sind Anträge und Erklärungen im amtsgerichtlichen Verfahren insoweit festzustellen, als das Gericht dieß für nöthig erachtet — abgesehen von Geständnissen und Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide, welche (wie im Anwaltsprozesse) auf Antrag zum Protokolle festgestellt werden müssen. §. 569 Abs. 4 endlich schreibt die Feststellung der staatsanwaltschaftlichen Anträge in Ehesachen vor.

Die Feststellungen nach §. 315 Ziff. 3 können nicht eigentlich hieher gerechnet werden, da sie nicht im Sitzungsprotokoll, sondern außerhalb der mündlichen Verhandlung zu Protokoll geschehen.

Die Zeugen- und Sachverständigenaussagen (Ziff. 3) müssen immer zu Protokoll festgestellt werden, wenn die Beweisaufnahme in der Sitzung erfolgt und nicht der Fall des §. 147 gegeben ist. Die Beweisaufnahme in der Sitzung bildet aber die Regel. (§. 320 f. Erläuterungen dazu.) Eine Abweichung der Zeugen von früheren Aussagen kann vorkommen, wenn das Gericht von der Befugniß des §. 363 Abs. 1 oder 2 Gebrauch macht. Im Falle der wiederholt vernommene Zeuge bei seiner früheren

Aussage beharrt, ist eine Feststellung seiner Aussage auch dann nicht nöthig, wenn die erste Vernehmung nicht vor dem Prozeßgericht stattgefunden hat. Die Feststellung der Entscheidungen (Ziff. 5) umfaßt auch die Entscheidungsgründe (vgl. §. 284 Ziff. 4 und §. 513 Ziff. 7). Diese sind daher entweder schriftlich abgefaßt dem Protokolle beizulegen oder unmittelbar in dieses aufzunehmen.

4) Zu §. 147: Per argumentum e contrario ist aus diesem Paragraphen zu folgern, daß bei Zeugen- und Sachverständigenvernehmungen vor einem beauftragten oder ersuchten Richter (§. 151) die Feststellung der Aussagen in einem Protokoll zu erfolgen hat. Der Fall des §. 147 kann in erster Instanz niemals eintreten, da alle Endurtheile erster Instanz appellabel sind (§. 472). Vielleicht kam §. 147 irrthümlicher Weise in das Gesetz. Er ist nämlich wörtlich den Entwürfen von 1871 und 1872 entnommen, in welchen die Berufung nur gegen amtsgerichtliche Urtheile zuläßig war. Aber selbst wenn die Voraussetzungen des §. 147 vorliegen, kann die protokollarische Feststellung erfolgen und sie wird zweckmäßig erfolgen, wo eine Fortsetzung der Verhandlung in der nämlichen Sitzung nicht stattfinden kann. Ein Antrag des Abgeordneten Struckmann, für diesen Fall die Feststellung zu Protokoll vorzuschreiben, wurde von der Justizkommission zwar abgelehnt; allein es wurde auch Seitens der Regierungen ohne Widerspruch zugegeben, daß in solchem Falle das Gericht Veranlassung haben werde, die Protokollirung anzuordnen (Komm. Prot. S. 56). Die Fassung des §. 147 schließt nicht aus, daß auch dann, wann die Feststellung der Aussagen unterbleibt, gemäß §. 146 Abs. 1 die Namen der Zeugen oder Sachverständigen, Zeugnißverweigerungen, Streitigkeiten über Fragestellungen ꝛc. im Protokolle zu konstatiren sind.

5) Zu §. 148: Unterschrift der Betheiligten ist nicht erforderlich. Betheiligte sind die Parteien, bezüglich §. 146 Ziff. 2 auch der Staatsanwalt im Falle des §. 569 Abs. 4, die Prozeßbevollmächtigten und Beistände, bezüglich §. 146 Ziff. 3 auch die erschienenen Zeugen und Sachverständigen.

6) Zu §. 149: Fehlt die Unterschrift gemäß §. 149, so ist ein Protokoll im Sinne des Gesetzes nicht vorhanden. Für den Fall der Verhinderung des Gerichtsschreibers würde, da ein Ersatz für dessen Unterschrift nicht vorgesehen ist, Wiederholung der Verhandlung nothwendig sein.

7) Zu §. 150: Nur durch das Protokoll kann die Beobachtung der Prozeßförmlichkeiten für die mündliche Verhandlung bewiesen werden. Es gibt also hiefür keine andern Beweismittel und die Beweiskraft bezieht sich nur auf die formalia processus. Ueber andere Thatsachen, welche in der mündlichen Verhandlung vorkommen, kann der Beweis ohne Beschränkung geführt werden. Die Beweiskraft des Protokolles hängt aber ab von

der Beobachtung der für dasselbe obligatorischen Formalien. Verstöße gegen §§. 148 oder 149 nehmen ihm die Eigenschaft des Protokolles und damit die Beweiskraft. Ueber die Beweiskraft des Sitzungsprotokolles gegenüber dem „Thatbestande" des Urtheils s. u. §§. 284 Abs. 2, 285.

Der Gegenbeweis gegen das Protokoll ist beschränkt (vgl. §§. 380 Abs. 2, 383 Abs. 2) auf den Beweis der Fälschung, worunter nicht blos der strafrechtliche Thatbestand der §§. 267 und 348 des RStGB. zu verstehen ist. Doch involvirt dem Sprachgebrauch zufolge der Begriff der Fälschung die Absicht der falschen Beurkundung oder Veränderung des Beurkundeten.

Da das Protokoll nur für die Beobachtung der Förmlichkeiten vollen Beweis macht, so ist der Gegenbeweis bezüglich anderer Thatsachen, die im Protokoll konstatirt sind, nicht beschränkt. So kann z. B. Gegenbeweis durch alle Beweismittel darüber geführt werden, daß die bekundeten Zeugenaussagen anders gelautet haben, daß Anträge oder Erklärungen einen andern als den im Protokoll konstatirten Inhalt hatten (§. 470).

---

§. 151. (§. 145 des Entw.)

Zu den Verhandlungen, welche außerhalb der Sitzung vor Amtsrichtern oder vor beauftragten oder ersuchten Richtern stattfinden, ist der Gerichtsschreiber gleichfalls zuzuziehen.

Motive: „Zur Terminologie des Entwurfs ist zu bemerken, daß derselbe unter einem „beauftragten Richter" ein Mitglied des Gerichts selbst — einen deputatus collegii, dagegen unter einem „ersuchten Richter" ein anderes Gericht (Amtsgericht, vgl. Gerichtsverfassungsgesetz §. 158) versteht."

1) Verhandlungen vor dem beauftragten oder ersuchten Richter finden statt nach §§. 313—319, 340, 367, 399, 441, 579.

2) Zu diesen Verhandlungen ist der Gerichtsschreiber gleichfalls zuzuziehen und da ein anderer Zweck seiner Zuziehung nicht wohl ersichtlich ist als der der Protokollführung, so darf man als die Absicht des §. 151 annehmen, es solle auch über diese Verhandlungen analog den §§. 145 ff. Protokoll geführt werden, obwohl dieß nicht ausdrücklich verordnet ist. Die Entwürfe von 1871 und 1872 verweisen die Vorschriften über Protokollführung außerhalb der mündlichen Verhandlung aus der Civilprozeßordnung (Motive zu §. 145 jener Entwürfe). Nunmehr wird sich aber eine andere Stelle hiefür nicht finden lassen, da §. 154 des GVG. nur über die Geschäftseinrichtung der Gerichtsschreibereien verfügt. —

Zweiter Titel.

Zustellungen.

Die Zustellungen bilden einen Haupttheil [1]) dessen, was man den Prozeßbetrieb zu nennen pflegt, d. h. derjenigen Thätigkeit, welche zur Einleitung und Fortführung eines Rechtsstreites außerhalb der Verhandlung erforderlich ist. Während nach dem System des Gemeinen Prozesses diese Thätigkeit ausschließlich den Gerichten und den von ihnen beauftragten Organen zufiel, haben der französische Prozeß und die ihm folgenden Systeme (bayerische Prozeßordnung, Genfer Gesetzbuch und preußischer Entwurf) diese Thätigkeit völlig selbstständig gestaltet, den Gerichten abgenommen und ausschließlich in die Hände der Parteien resp. der von diesen in Bewegung zu setzenden Organe gelegt.

Wie schon an früherer Stelle (s. o. S. 16) erwähnt wurde, hat die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich einen Mittelweg eingeschlagen, sich, wie die Motive bemerken, für einen modifizirten Parteibetrieb entschieden, für dessen Gestaltung nicht etwa ein dem Gesetze zu Grunde liegendes Prinzip des Verfahrens, sondern Utilitätserwägungen maßgebend gewesen sind. In welchem Umfange der Parteibetrieb in dem Gesetze Aufnahme gefunden hat, ergeben die Motive zu diesem Titel:

„Der Entwurf hat dem Gedanken des Parteibetriebes keinen prinzipiellen Ausdruck gegeben, weil ein allgemeiner Satz, wie er sich z. B. im

---

[1]) Die Motive zu diesem Titel bemerken u. A.: „Für ein mündliches Verfahren ist in jeder Lage des Rechtsstreits und in jeder Instanz der Zustellungsakt von höchster prozessualer Bedeutung". Diese Bedeutung ergeben hinsichtlich: der Ladungen die §§. 192 ff.; des Beginnes richterlicher Fristen §. 198; der vorbereitenden Schriftsätze §§. 123, 124, 463; der Wiedereinsetzung §. 214; der Aufnahme des Verfahrens §. 227; der Klage §§. 230, 233, 239, 243, 460; der Rechtshängigkeit §§. 230, 235, 460, 633; der Klagebeantwortung §. 244; der Urtheile §§. 288, 477, 514, 671; des Berichtigungs- und Ergänzungsverfahrens §§. 291, 292; der richterlichen Beschlüsse und Verfügungen §§. 294 Abs. 3, 530, 540; des Einspruchs §§. 304, 305; des Beweises §§. 342, 367, 454; der Rechtsmittel §§. 476, 479, 484, 514, 515, 507, 548; in Ehesachen §. 571; in Entmündigungssachen §§. 602, 603, 605 Abs. 3, 619, 623, 624 Abs. 2; im Mahnverfahren §. 633; im Arrestverfahren §. 809; im schiedsrichterlichen Verfahren §§. 865, 871 Abs. 2; in der Zwangsvollstreckung §§. 671, 730, 736, 744, 754, 810.

norbd. Entw. §. 235 findet, kaum mehr als theoretische Bedeutung hat und in der Detailanwendung leicht zu Irrthümern führt. Der Gedanke selbst und der Umfang, in welchem er adoptirt ist, ergeben sich aus den einzelnen Vorschriften. In dieser Richtung mag auf die nachstehenden Modifikationen hingewiesen werden, welche der Grundsatz unmittelbaren Prozeßbetriebes durch die Parteien im Entwurfe erfahren hat:

a) hinsichtlich der Einleitung und Fortführung des Rechtsstreits bis zum Urtheile in der Instanz.

„Die Einleitung des Rechtsstreits bezw. einer Instanz setzt nach dem Entwurfe regelmäßig die formelle Mitwirkung des Gerichts durch Anberaumung eines Verhandlungstermins voraus [§§. 184, 186, 225, 295 sub 3, 437, 439, 458 sub 3, 484, 491 sub 3, 505, 524, 546] [1]). Ist der Rechtsstreit in die mündliche Verhandlung gelangt, so sorgt regelmäßig das Gericht für sofortige Anberaumung der nothwendig werdenden ferneren Termine, sei es zur Fortsetzung der Verhandlung, sei es zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte oder einem anderen Gerichte (§§. 123 Abs. 3, 271, 304, 306, 307, 313, 316, 317, 318, 325, 437, 464, 496, 524). Der beschlossene Beweis wird von Amtswegen auch beim Ausbleiben beider Parteien aufgenommen (§§. 322, 323, 437, 464, 496, 524); die Ladung der Zeugen und Sachverständigen, die Herbeischaffung von Urkunden, welche sich in dem Besitze einer anderen Behörde befinden, erfolgen auf Betreiben des Gerichts (§§. 331, 354, 384, 437, 464, 496).

b) Hinsichtlich der Zustellungen.

1) Im Parteiprozesse kann die Partei den Auftrag zur Vornahme der Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers ertheilen (§. 146 Abs. 2); die Inanspruchnahme des Gerichtsschreibers wird in Ermangelung einer gegentheiligen Erklärung der Partei präsumirt (§§. 148, 439).

2) Zustellungen im Auslande an Exterritoriale und mittelst öffentlicher Bekanntmachung hat die Partei — soweit nicht die Nr. 3 Platz greift — zu beantragen; die Ausführung der Zustellung geschieht alsdann von Amtswegen (§§. 175 ff., 179 ff.) und ohne Konkurrenz des Gerichtsvollziehers.

3) Nicht verkündete Beschlüsse und nicht verkündete Verfügungen des Gerichts werden den Parteien, ohne daß es eines Antrages derselben bedarf, von Amtswegen zugestellt (§. 284).

c) In der Zwangsvollstreckungsinstanz tritt eine Mitwirkung des Gerichts in erheblichem Umfange ein [vgl. §§. 633 ff., 636,

[1]) Vgl. noch §. 597 CPO.

639, 645, 653, 654, 705 ff., 647 ff., 677 ff., 702 ff., 718 ff., 726 ff., 753 ff. u. A.] [2]).

„Der unmittelbare Prozeßbetrieb durch die Parteien hat das Bestehen von untergeordneten, nicht richterlichen Beamten — Gerichtsvollziehern — zur Voraussetzung, denen im Vergleiche mit der Stellung des deutschen Gerichtsdieners, als eines bloßen richterlichen Werkzeugs, eine selbstständigere Stellung eingeräumt werden muß und zwar in dem Sinne, daß sie nicht mehr nach Maßgabe der ihnen für den einzelnen Fall ertheilten Weisungen des Gerichts handeln, vielmehr die ihnen von den Prozeßparteien ertheilten Aufträge selbstständig nach den Vorschriften des Gesetzes unter eigener Prüfung ihrer Zulässigkeit und eigener unmittelbarer Verantwortlichkeit gegen den Auftraggeber auszuführen haben.

„Der Wirkungskreis der Gerichtsvollzieher beschränkt sich nach dem Entwurf — also im Gebiete der bürgerlichen streitigen Rechtspflege — auf:

die Vornahme von Zustellungen (§§. 146, 147),
die Anfertigung von Ladungsurkunden (§§. 441, 444),
die Zwangsvollstreckung, soweit sie nicht den Gerichten vorbehalten ist (§. 623).

„Die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher zu ordnen, hat das Gerichtsverfassungsgesetz §. 155 den Landesjustizverwaltungen überlassen — und sich im Uebrigen darauf beschränkt — §. 156 — die Fälle zu bestimmen, in denen der Gerichtsvollzieher von der Ausübung seines Amts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist.

„Neben der Zustellung durch die Gerichtsvollzieher hat der Entwurf §. 169 die Zustellung durch die Post adoptirt.

„Die Zustellung durch die Post hat sich in allen Bundesstaaten, in welchen sie eingeführt worden ist — Preußen, Sachsen, Mecklenburg — vortrefflich bewährt. Mit dem System des Entwurfs ist sie vereinbar. Unter Zustellung versteht nämlich der Entwurf: Mittheilung einer Abschrift oder einer Ausfertigung des zuzustellenden Schriftstückes unter Beurkundung der erfolgten Mittheilung (§§. 165, 166). Wird durch die Post zugestellt, so tritt an die Stelle des Gerichtsvollziehers der Postbote, insoweit es sich um den Akt der Zustellung handelt. Der Postbote ist insoweit Gerichtsvollzieher, denn wie der letztere behändigt er dem Adressaten oder einer Ersatzperson und beurkundet den Behändigungsakt. Alle zeitlich vor diesem Akte liegenden, mehr oder minder nothwendigen Handlungen (Parteiauftrag, Vermittelung desselben, Uebergabe der zuzustellenden Schriftstücke

---

[2]) Vgl. noch §. 728 des Gesetzes.

an den mit der Zustellung Beauftragten, Vorbereitung der Zustellungsurkunde, Beglaubigung der zuzustellenden Schriftstücke u. s. w.) kommen für die Gültigkeit und Wirksamkeit der Zustellung selbst nur als Voraussetzungen in Betracht. Sie können von dem Zustellungsbeamten selbst oder von anderen Personen vorgenommen werden: die Bedeutung des Zustellungsakts wird dadurch nicht berührt, daß seine Handlungen dem Zustellungsbeamten selbst oder einer anderen Person obliegen.

„Von dem Versuche, für Zustellungen auch den Telegraphen nutzbar zu machen, ist Abstand genommen, da ein überwiegendes Bedürfniß hierzu bisher nicht hervorgetreten ist.

„Verschieden von der Zustellung durch die Post ist die Zustellung mittelst Aufgabe zur Post (§§. 154, 164, 168). Die letztere Form enthält ein strenges Präjudiz für den Fall des Ungehorsams. Die Post soll als gesetzlicher Zustellungsbevollmächtigter der nachlässigen Partei gelten, so daß die Zustellung mit der Aufgabe des Schriftstückes zur Post bewirkt ist und demgemäß nichts darauf ankommt, ob und wann das Schriftstück an den Adressaten gelangt."

Außer den in diesen Motiven angeführten Paragraphen enthalten Modifikationen des Parteibetriebs noch: §§. 569 Abs. 2, 602, 619, 623, 728, 730, 736 Abs. 2. In den beiden letztgenannten Paragraphen wird zwar der Betrieb Namens der Parteien durch den Gerichtsvollzieher angeordnet, jedoch so, daß dieser auch ohne Auftrag von Amtswegen thätig sein muß.

---

§. 152. (§. 146 des Entw.)

Die Zustellungen erfolgen durch Gerichtsvollzieher.

In Anwaltsprozessen ist der Gerichtsvollzieher unmittelbar zu beauftragen, in anderen Prozessen nach der Wahl der Partei entweder unmittelbar oder unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts.

Motive: „Insoweit eine Zustellung an Parteien oder an dritte Personen auf Betreiben einer Partei oder auf Verfügung des Gerichts erforderlich ist, hat dieselbe durch einen Gerichtsvollzieher oder durch die Post zu erfolgen. Die Ausnahmen, welche in den §§. 174, 175 ff., 179 ff. gegeben sind, lassen sich auf Zweckmäßigkeitsrücksichten zurückführen. Im Anwaltsprozesse giebt die Rechtskunde wie die öffentliche Stellung der Anwälte die nöthige Garantie für die Beobachtung des Gesetzes, auch wenn beide Theile direkt mit einander kommuniziren; die Kosten des Gerichtsvollzieherakts können erübrigt werden, indem die Zustellung von Anwalt zu

Anwalt gegen einfaches schriftliches Empfangsbekenntniß zugelassen wird. Bei Zustellungen, die im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen müssen, werden der Partei Mühe, Zeit und Kosten erspart, wenn das Gericht die Zustellung von Amtswegen veranlaßt."

1) Die Zustellungen erfolgen prinzipiell durch Gerichtsvollzieher. Das Gesetz kennt aber eine Reihe von Ausnahmen, deren wichtigste in der Möglichkeit der Zustellung durch die Post besteht (§. 176). Das Institut der Gerichtsvollzieher, welches gemäß §§. 152, 674 dieses Gesetzes und §. 37 der Strafprozeßordnung einen integrirenden Bestandtheil des Prozeßverfahrens bildet, hat eine reichsgesetzliche Regelung im Einzelnen nicht gefunden. Die Bestimmungen des GVG., welche von den Gerichtsvollziehern handeln, sind folgende:

Zwölfter Titel des GVG.

Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte.

§. 155.

Die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der mit den Zustellungen, Ladungen und Vollstreckungen zu betrauenden Beamten (Gerichtsvollzieher) werden bei dem Reichsgerichte durch den Reichskanzler, bei den Landesgerichten durch die Landesjustizverwaltung bestimmt.

§. 156.

Der Gerichtsvollzieher ist von der Ausübung seines Amts kraft Gesetzes ausgeschlossen:

I. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten,
   1) wenn er selbst Partei oder gesetzlicher Vertreter einer Partei ist, oder zu einer Partei in dem Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Schadensersatzpflichtigen steht;
   2) wenn seine Ehefrau Partei ist, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
   3) wenn eine Person Partei ist, mit welcher er in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;

II. in Strafsachen,
   1) wenn er selbst durch die strafbare Handlung verletzt ist;
   2) wenn er der Ehemann der Beschuldigten oder Verletzten ist oder gewesen ist;
   3) wenn er mit dem Beschuldigten oder Verletzten in dem vorstehend unter Nr. I. 3 bezeichneten Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisse steht.

Zu §. 155 des GVG. (§. 125 des Entw.) bemerken die Motive:

„Aus der indifferenten Stellung des Entwurfs gegenüber der Organisationsfrage ergiebt sich, daß der Begriff eines Gerichtsvollziehers im Sinne der Prozeßordnungen erst durch die Bestimmungen der Landesjustizverwaltungen der einzelnen Bundesstaaten zur konkreten Gestaltung gebracht werden wird. Diese Gestaltung kann eine verschiedene sein. Es ist nicht nothwendig, daß dieselben Beamten zu allen Verrichtungen, welche die Prozeßordnungen den Gerichtsvollziehern zuweisen, in gleicher Weise ermächtigt werden. Es ist denkbar, daß das Amt der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsbeamte von dem Amte der Gerichtsvollzieher als Zustellungsbeamte getrennt wird. Jedermann, der seiner Qualifikation nach geeignet erscheint, Vollstreckungen und Zustellungen oder nur Zustellungen oder nur Vollstreckungen vorzunehmen und vom Staate mit dem Vollzuge der betreffenden Prozeßhandlungen betraut wird, ist Gerichtsvollzieher im Sinne des Entwurfs und der Prozeßordnungen. Es kann Gerichtsvollzieher geben, welche alle Funktionen der Gerichtsvollzieher in sich vereinigen oder nur zur Ausübung der einen oder der andern Funktion berufen sind.

„Demnach ist der „Gerichtsvollzieher" keineswegs nothwendig derjenige technische Beamte (Huissier), wie er im Gebiete des französischen Rechts und ähnlich auch in Bayern eine durchaus selbständige Beamtenkategorie bildet, welche ausschließlich zum Dienste der Parteien bestimmt und von den Parteien besoldet eine umfassende Thätigkeit ausübt und durch Ablegung von Prüfungen eine bestimmte juristische Qualifikation nachweisen muß. Im Sinne der Prozeßordnungen ist der Gerichtsvollzieher nur insoweit selbstständig, als er ohne Vermittlung des Gerichts direkt von der Partei beauftragt werden kann. Die allgemeine Stellung der Gerichtsvollzieher muß nicht nothwendig eine andere als die der bisherigen Gerichtsdiener sein. Sie können öffentliche, vom Staate besoldete Unterbeamte bleiben, welche nicht nur in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, sondern auch auf andern Gebieten der Rechtspflege thätig sind und ebensowohl Aufträge der Parteien als des Gerichts und der Staatsanwaltschaft auszuführen haben. Ob und inwieweit in denjenigen Ländern, wo der Gerichtsvollzieher im rheinischen Sinne besteht, das Institut so zu belassen oder auch anderweit, wo sich ein Bedürfniß rege macht, in gleicher Weise einzurichten sein wird, in wie weit ferner eine Trennung der verschiedenen Seiten des Gerichtsvollzieherdienstes und Uebertragung desselben an verschiedene, mehr oder minder qualifizirte selbstständige Beamte oder die Zulassung von Gehülfen einzutreten hat, ob endlich anderen Beamten gewisse Zweige des Gerichtsvollzieherdienstes, insbesondere Zustellungen mitzuübertragen sein werden, wie die Stellung des Gerichtsvollziehers im staatlichen Verbande, seine territoriale

Zuständigkeit und der Umfang seiner Berechtigungen gegenüber den Parteien zu ordnen sein wird — alles das bleibt den Landesjustizverwaltungen überlassen. Insbesondere hat die Landesjustizverwaltung auch den sogenannten inneren Geschäftsbetrieb der Gerichtsvollzieher, die Entgegennahme von Parteiaufträgen, die Vorbereitung der Akte, die Führung der Geschäftsbücher, die Verwahrung von Aktenstücken, Geldern u. s. w. zu normiren, und ist ferner nicht gehindert, in Bezug auf den äußeren Geschäftsbetrieb (Zustellungen, Ladungen, Vollstreckungen) die Gerichtsvollzieher an Weisungen zu binden, welche die Vorschriften der Prozeßordnungen intakt lassen und mit dem Geiste derselben übereinstimmen. Endlich steht nichts entgegen, den Gerichtsvollziehern zu ihrem eigentlichen Dienste andere öffentliche Funktionen in widerruflicher oder bleibender Art zu übertragen.

„Aus §. 125 (des Entwurfs) ergibt sich zugleich, daß, soweit in einem Bundesstaate die Dienst= und Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher gesetzlich geregelt sind, zur Abänderung der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen der Erlaß eines Gesetzes nicht nothwendig ist."

Der letzte Satz dieser Motive ist insbesondere gegenüber dem Art. 101 Abs. 1 in fine der bayr. CPO. von Bedeutung, wonach eine Aenderung der Gerichtsvollzieherordnung nach Ablauf von 5 Jahren von Einführung der bayer. CPO., d. i. nach dem 1. Juli 1875, nur auf dem Gesetzeswege zuläßig sein sollte.

Von besonderer prozessualer Tragweite werden die Bestimmungen der Landesregierungen über die örtliche Zuständigkeit der Gerichtsvollzieher sein. (Hierüber s. aus der bayr. CPO. den Art. 200.) Wird eine Zustellung durch einen nicht zuständigen Gerichtsvollzieher bethätigt, so ist sie nichtig, jedoch unschädlich, wenn die Voraussetzungen des §. 267 Abs. 1 gegeben sind. Uebrigens kann die Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers nicht abhängig gemacht werden von der Angehörigkeit desselben zum Sprengel des Prozeßgerichts oder des Bundesstaates, in dem das Prozeßgericht sich befindet. (Vgl. GVG. §. 161.) Wenn z. B. eine Klage vor dem forum solutionis (§. 29) in Bayern erhoben werden soll gegen einen in Preußen sich aufhaltenden Beklagten, so erfolgt die Klagszustellung durch den preußischen Gerichtsvollzieher.

Zu §. 156 des GVG. ist zu vergleichen §. 41 der CPO. S. o. S. 171 ff.

Wird der Gerichtsvollzieher in Fällen thätig, wo er kraft Gesetzes nach §. 156 des GVG. ausgeschlossen ist, so ist seine Thätigkeit nichtig (vgl. Motive zu §. 126 des Entw. eines GVG., S. 188 der offiziellen Ausgabe) und zwar unheilbar nichtig gemäß §. 267 Abs. 2. A. M. Lothar Seuffert, Kommentar zu §. 152 Nr. 6, wie mir scheint, mit Un=

recht. Lothar Seuffert scheint in diesem Punkte der Ansicht von Wernz zu folgen, welcher die ähnliche Vorschrift des Art. 201 der bayr. CPO. in dem Sinne interpretirt, daß die Richtigkeit nicht von Amtswegen zu berücksichtigen und daher durch Unterlassung rechtzeitiger Rüge zu heilen sei. Allein es ist wohl zu beachten, daß Art. 201 l. c. in der Fassung sich wesentlich von §. 156 des GVG. unterscheidet, indem er verfügt: „Der Gerichtsvollzieher darf bei Strafe der Nichtigkeit keine Zustellung in einer Sache machen, bei welcher er selbst, seine wirkliche oder gewesene Ehefrau, seine Verwandten . . . . . . betheiligt sind". §. 156 des GVG. schließt dagegen den Gerichtsvollzieher in gewissen Fällen kraft des Gesetzes von der Ausübung seines Amtes aus. Es trifft also eine Bestimmung, die von dem Willen der Parteien unabhängig gestellt ist, gerade so wie die Ausschließung des Richters (§. 41). Auf diese beziehen sich auch die Motive zu §. 156 des GVG. resp. §. 126 des Entwurfs:

„Die Wichtigkeit der den Gerichtsvollziehern übertragenen Funktionen macht Bestimmungen nöthig, daß die Gerichtsvollzieher ebenso wie die Richter in gewissen Fällen der Betheiligung kraft Gesetzes von der Ausübung ihres Amtes ausgeschlossen sind. . . . Der Entwurf hält es für zweckmäßig, die betreffenden Vorschriften genau an die Bestimmungen für die Richter anzuschließen. Es soll dadurch in gleicher Weise wie bei dem Richter verhindert werden, daß der Gerichtsvollzieher eine Partei begünstige oder durch Vollzug eines Auftrags den öffentlichen Anstand verletze. Eine Nichtbeobachtung der Vorschrift des §. 126 hat die Nichtigkeit der betreffenden Aktes zur Folge."

Man sieht hieraus die Absicht des Entwurfs, eine Bestimmung im öffentlichen Interesse zu schaffen, die von Amtswegen berücksichtigt werden muß und auf die eine Partei so wenig verzichten kann, wie auf die Ausschließung des Richters (§. 41).

Daran vermag m. E. auch der Umstand nichts zu ändern, daß die Motive zu §. 267 resp. §. 257 des Entw. den Verzicht auf die Befolgung aller Vorschriften für zuläßig erklären, welche sich auf Akte beziehen, die auf Betreiben einer Partei durch nichtrichterliche Beamte vorgenommen werden z. B. Ladungen, Zustellungen. Denn einmal ist die Ausschließung des Gerichtsvollziehers kraft Gesetzes nicht sowohl eine Vorschrift, die das Verfahren, als eine solche, die die Gerichtsverfassung betrifft; sodann ist sie nicht eine Vorschrift, welche den Akt der Zustellung betrifft, sondern die Person des Zustellungsbeamten. Die angeführten Motive zu §. 267 können vernünftiger Weise unter dem Akte der Zustellung 2c. nur den von einem kompetenten Organ vorgenommenen Akt verstehen. Sonst würde man konsequent zur Annahme gelangen, daß z. B. die Zustellung eines Urtheils durch einen Dienstmann für den Lauf der Berufungsfrist maßgebend wäre, wenn

der Appellant troß Kenntniß dieses Mangels in der Verhandlung vor dem Berufungsgerichte denselben zu rügen unterließe, während doch §. 497 dem Gericht die Amtspflicht auflegt, von Amtswegen zu prüfen, ob die Berufungsfrist gewahrt ist. — (Siehe übrigens Lothar Seuffert selbst a. a. O. §. 162 Nr. 6 S. 163 und 164 o.).

Ueber das besondere Forum für Klagen der Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen s. §. 34 S. 149. Ueber die Verurtheilung der Gerichtsvollzieher in die durch sie verschuldeten Prozeßkosten s. §. 97 S. 333 ff.

2) „In Anwaltsprozessen" ist nicht so zu verstehen, daß bereits anhängige Anwaltsprozesse als Voraussetzung gedacht werden, es beziehen sich diese Worte vielmehr auch auf die Fälle, wo Prozesse vor Collegialgerichten erst anhängig gemacht werden sollen, m. a. W. auf die Zustellungen von Klagen, welche zum Collegialgerichte zu erheben sind. Hier ist nach §. 152 Abs. 2 der Gerichtsvollzieher unmittelbar zu beauftragen. „Unmittelbar" heißt, wie sich aus dem folgenden Satze ergibt, ohne Intervention des Gerichtsschreibers. Struckmann-Koch meinen, der Auftrag müsse auch vom Anwalt ausgehen. Dieß wird wohl die Regel bilden, allein nach dem Gesetzestexte scheint mir auch die Mandirung des Gerichtsvollziehers durch die Partei nicht ausgeschlossen. Außerhalb des Anwaltsprozesses (vgl. §. 74, 75) steht es in der Wahl der Parteien, ob sie den Gerichtsvollzieher selbst zur Zustellung veranlassen oder den Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts zur Beauftragung des Gerichtsvollziehers requiriren wollen. [Anträge, welche die Wahl der unmittelbaren Beauftragung ausschließen wollten, wurden in erster und zweiter Lesung von der Justizkommission abgelehnt (Komm. Prot. S. 56, 57, 527—529).] Diese Requisition wird sogar in Ermanglung einer gegentheiligen Erklärung der Partei präsumirt (arg. §§. 154, 458, 462). Prozeßgericht ist dasjenige Gericht, bei welchem der Prozeß anhängig ist oder anhängig gemacht werden soll (s. o. zu §. 109 Nr. 2).

3) Das Princip des §. 152 gilt für alle nach der CPO. nothwendigen oder zulässigen Zustellungen, nicht etwa nur für die auf Betreiben der Parteien, auch für die von Amtswegen erfolgenden (§. 294 Abs. 3, §. 98 s. o. S. 341 Nr. 5).

---

§. 153. (§. 147 des Entw.)

Die mündliche Erklärung einer Partei genügt, um den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zustellung, den Gerichtsschreiber zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Zustellung zu ermächtigen.

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, so wird bis zum Beweise des Gegentheils angenommen, daß dieselbe im Auftrage der Partei erfolgt sei.

1) Abs. 1 regelt das Verhältniß zwischen dem Gerichtsvollzieher und der Partei, für welche eine Zustellung gemacht wird, dem „betreibenden Theil" (s. Motive zu §§. 147, 149, 166 Abs. 3 des Entw. Offizielle Ausgabe S. 144, Kortkampf'scher Abdruck S. 449.) Wenn darnach die mündliche Erklärung einer Partei zur Beauftragung des Gerichtsvollziehers genügt, so muß man wohl an die schriftliche Erklärung als das Mehr denken und den Satz des Paragraphen so verstehen, daß er eine schriftliche Erklärung nicht für erforderlich erklärt. Im Uebrigen ist zu sagen, daß die Erklärung eine ausdrückliche nicht sein muß, obwohl die Beauftragung durch konkludente Handlungen nicht wohl zu konstruiren ist; denn die Uebersendung der betreffenden Papiere an den Gerichtsvollzieher wird ohne schriftlichen oder mündlichen Auftrag nicht verständlich genug sein.

2) Abs. 2 regelt das Verhältniß zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Destinatär der Zustellung, dem „Requisiten" (s. Mot. a. a. O.). Die Beurkundung des Gerichtsvollziehers, daß auf Betreiben einer bestimmten Person zugestellt werde (§. 174 Ziff. 2), gilt dem Requisiten gegenüber so lange als richtig, bis das Gegentheil bewiesen ist. Der Gegenbeweis ist durch alle Beweismittel zulässig (§. 380 Abs. 2).

3) Eine Zustellung, die erwiesenermaßen ohne Auftrag erfolgte, ist ungiltig. Die Genehmigung einer unbevollmächtigten Zustellung macht dieselbe nach den allgemeinen Grundsätzen von den Wirkungen der Genehmigung giltig (s. o. zu §. 81 Nr. 3).

---

§. 154. (§. 148 des Entw.)

Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, hat dieser einen Gerichtsvollzieher mit der erforderlichen Zustellung zu beauftragen, sofern nicht die Partei erklärt hat, daß sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle.

Motive: „Im Parteiprozesse soll der Gerichtsschreiber den Gerichtsvollzieher jedesmal mit der erforderlichen Zustellung im fingirten Auftrage der Partei beauftragen, insoweit nicht eine Partei ausdrücklich erklärt hat, den Gerichtsvollzieher unmittelbar angehen zu wollen. Eine Anwendung dieses Satzes enthält der §. 439 (vgl. Hannover §§. 118, 377, hannov. Entw. §. 155 Abs. 3, hess. Entw. Art. 219).

„Dem §. 148 ist für die Zustellung durch die Post der §. 172 nachgebildet."

1) Zulässig ist die Zustellung unter Vermittlung des Gerichtsschreibers gemäß §. 152.

2) Ueber die präsumtive Bevollmächtigung des Gerichtsschreibers zur Beauftragung des Gerichtsvollziehers s. §. 152 Nr. 2 a. E. Wer behauptet, daß die Partei erklärt habe, selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen zu wollen, muß dieß beweisen, so daß also auch das Unterbleiben dieser Erklärung präsumirt wird.

3) Als Auftraggeber gilt auch in den Fällen dieses Paragraphen die Partei nach den Grundsätzen der Stellvertretung (vgl. §. 674). Die praktische Folge zeigt sich darin, daß sie, nicht der Gerichtsschreiber, dem Gerichtsvollzieher für seine Gebühren haftet.

---

§. 155. (§. 149 des Entw.)

Die Partei hat dem Gerichtsvollzieher und, wenn unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zuzustellen ist, diesem neben der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften zu übergeben.

Die Zeit der Uebergabe ist auf der Urschrift und den Abschriften zu vermerken und der Partei auf Verlangen zu bescheinigen.

§. 156. (§. 149[a] der Kommissionsvorlage.)

Die Zustellung besteht, wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll, in deren Uebergabe, in den übrigen Fällen in der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks.

Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt, bei den von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücken durch den Gerichtsschreiber.

1) Es ist selbstverständlich ohne Belang, wer die Abschriften, welche dem Gerichtsvollzieher bezw. Gerichtsschreiber übergeben werden müssen, anfertigt. Auch wenn die Anfertigung dem Gerichtsschreiber oder Gerichtsvollzieher

überlassen wird (vgl. §. 457), kann die Uebergabe im Sinne des §. 155 nach Analogie der brevi manu traditio als vollzogen angenommen werden (vgl. §. 172 und zu §. 213 Nr. 5).

2) Der zweite Absatz des §. 155 findet sich im Entwurfe nicht. Er verdankt seine Entstehung den Beschlüssen der Justizkommission, die ihn im Interesse der Parteien mit Rücksicht auf den §. 213 Abs. 1 für nothwendig erachtete, wonach gegen Versäumniß einer Nothfrist in Folge der Nachlässigkeit des Gerichtsvollziehers Restitution zu gewähren ist, wenn nur die Partei das zur Wahrung der Nothfrist zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher (bezw. Gerichtsschreiber) drei Tage vor Ablauf der Nothfrist zur Zustellung übergeben hat. Anderweitiger Nachweis der rechtzeitigen Uebergabe ist freilich nicht ausgeschlossen; am einfachsten und sichersten aber geschieht derselbe gewiß durch die in Abs. 2 vorgesehene Konstatirung und Bescheinigung (vgl. unten zu §§. 176 ff. Nr. 6).

3) Völlig neu eingestellt, zum Theil aus §. 166 Abs. 3 des Entwurfs entnommen, wurde von der Redaktionskommission der Justizkommission §. 156. Die Protokolle der Kommission enthalten jedoch über die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen keine Aufklärung (vgl. unten zu §. 173 Nr. 1 a). Vermuthlich sollte derselbe ausdrücklich festsetzen, was in den Motiven zu §§. 147, 149, 166 Abs. 3 des Entwurfs (a. a. O. S. 144 bezw. 449) angedeutet war mit den Worten: „Die wichtigen materiellen und prozessualischen Wirkungen der Zustellung lassen es als zweckmäßig erscheinen, daß nicht simple Abschriften, sondern Kopien, deren Uebereinstimmung mit dem Original beglaubigt ist, dem Requisiten behändigt werden (Bayern Art. 203 Abs. 4. Nordd. Entw. §§. 251, 255)."

4) Wenn eine „Ausfertigung" zugestellt werden soll, so geschieht die Zustellung durch deren Uebergabe. „Uebergabe" ist körperliche Tradition und bildet den Gegensatz zu „Zustellung", worunter die prozeßförmliche Mittheilung eines Schriftstückes überhaupt (regelmäßig Einhändigung einer Abschrift desselben) verstanden wird (vgl. §. 174 Ziff. 6, §. 177 und Kommentar von Struckmann-Koch §. 156 Nr. 2). Ausfertigung ist das auf Grund der Gerichtsakten gefertigte Originalschriftstück. Zustellung einer Ausfertigung ist im Gesetze vorgeschrieben nicht nur für Ladungen von Zeugen und Sachverständigen (§§. 342, 367), wie Lothar Seuffert (Kommentar §. 156 Nr. 1) behauptet, sondern auch für den Schiedsspruch (§. 865). Dagegen ist Lothar Seuffert allerdings gegen Struckmann-Koch (§. 156 Nr. 2 und §. 294 Nr. 4) im Rechte, wenn er in den Fällen des §. 802 Abs. 2 und da, wo von Amtswegen zuzustellen ist, die Zustellung einer Ausfertigung nicht für erforderlich hält; denn §. 802 Abs. 2 gebietet ebenso wie §. 294 Abs. 3 nur die Zustellung von Beschlüssen. Der Um-

stand, daß diese Beschlüsse nicht verkündet werden, erheischt nicht die Zustellung einer Ausfertigung. Dieß ist um so weniger anzunehmen, als Abs. 2 des §. 156 für die Zustellung von Amtswegen die Abschriftenbeglaubigung durch den Gerichtsschreiber verlangt, ein Zeichen, daß gerade bei diesen Zustellungen an die Uebergabe einer Ausfertigung nicht zu denken ist.

5) Von Amtswegen sind abschriftlich zuzustellen: alle nicht verkündeten Beschlüsse des Gerichts und die nicht verkündeten Verfügungen des Vorsitzenden, beauftragten oder ersuchten Richters (§. 294 Abs. 3), Urtheile, durch welche auf Trennung, Ungiltigkeit oder Nichtigkeit der Ehe erkannt ist (§. 582); der über die Entmündigung erlassene Beschluß (§§. 602, 623); der über die Wiederaufhebung der Entmündigung erlassene Beschluß (§§. 619, 625 Abs. 1). Die in §. 603 erwähnte „Mittheilung" des Entmündigungsbeschlusses an die Vormundschaftsbehörde ist nicht „Zustellung." In Ausfertigung werden von Amtswegen die oben Nr. 4 genannten Schriftstücke zugestellt.

Die Beglaubigung der bei der Zustellung zu übergebenden Abschriften obliegt dem Gerichtsschreiber auch bei den auf Parteibetrieb erfolgenden Zustellungen dann, wann sie unter Vermittlung des Gerichtsschreibers durch die Post vollzogen werden (§§. 152 Abs. 2, 179).

---

§. 157. (§. 150 des Entw.)

Die Zustellungen, welche an eine Partei bewirkt werden sollen, erfolgen für die nicht prozeßfähigen Personen an die gesetzlichen Vertreter derselben.

Bei Behörden, Gemeinden und Korporationen, sowie bei Personenvereinen, welche als solche klagen und verklagt werden können, genügt die Zustellung an die Vorsteher.

Bei mehreren gesetzlichen Vertretern, sowie bei mehreren Vorstehern genügt die Zustellung an einen derselben.

Motive: „Die Vorschriften der §§. 150—152 wiederholen im Wesentlichen das in Deutschland geltende Recht. An Stelle einer nicht prozeßfähigen Partei ist deren gesetzlichen Vertretern zuzustellen (§. 150 Abs. 1). Demnach wird die Zustellung, wenn sie für eine unter vormundschaftlicher Gewalt oder eine minorenne (§. 51 Abs. 2) unter väterlicher Gewalt stehende Person bestimmt ist, an deren Vormund oder Vater zu geschehen haben (vgl. preuß. AGO. I 7 §§. 2, 3, 29 ff., Anhang §§. 57, 58, preuß. Verordnung vom 5. Mai 1838 §. 4, Wetzell Ed. II S. 847, Hannover §. 121, Württemberg Art. 228, Baden §. 230,

Bayern Art. 193, Oldenburg Art. 87, preuß. Entw. §§. 148, 149, hannov. Entw. §. 159, hess. Entw. Art. 226, nordd. Entw. §. 236).

„Was Behörden, Gemeinden, Korporationen, sowie Personenvereine, welche überhaupt parteifähig sind, anlangt, so gilt auch für sie die Regelvorschrift des Abs. 1 insoweit, als an deren gesetzliche Vertreter die Zustellung mit rechtlicher Wirkung erfolgen kann und diese zur Annahme von Zustellungen für die vertretene Partei berechtigt und verpflichtet sind. Das Gleiche gilt von solchen Personen, welche im einzelnen Falle, etwa kraft spezieller gesetzlicher oder statutarischer Vorschrift, zur Vertretung jener Personengesammtheiten, sei es im Prozesse im Allgemeinen oder für bestimmte Prozesse oder zur Empfangnahme der Zustellungen befugt sind (vgl. z. B. für Handelsgesellschaften die Art. 117, 144, 167, 172, 196, 235, 244 des Handelsgesetzbuchs, für Genossenschaften die §§. 17, 24, 29, 43, 49 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 u. A.). Obligatorisch aber (vgl. Bayern Art. 193, Württemberg Art. 228, preuß. Entw. §. 149) ist die Zustellung an jene Personen nicht, vielmehr soll nach der an sich unbedenklichen und im Interesse des Verkehrs gegebenen Vorschrift des §. 150 Abs. 2 die Zustellung an die Vorsteher in jedem Falle genügen, auch wenn diese, sei es generell, sei es ad hoc, nicht die gesetzlichen Vertreter sind (nordd. Entw. §. 236, nordd. Prot. I S. 350/351; vgl. auch preuß. Entw. §. 148 sub 2, hannov. Entw. §. 159, Hannover §. 121, Württemberg Art. 228, Bayern Art. 193). Hat eine Partei mehrere (gleichberechtigte) gesetzliche Vertreter oder Vorsteher, sa braucht aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Zustellung nur an einen derselben zu erfolgen (preuß. AGO. I 7 §. 34, Bayern Art. 203, Württemberg Art. 229, hannov. Prot. S. 5069). Die Vorschrift findet ihre weitere Ergänzung im §. 165 Abs. 1. — Besteht dagegen eine Partei aus mehreren Personen, ohne daß diese als Gesammtheit klagen oder verklagt werden (Streitgenossen — Nebenintervenienten), so muß einer jeden derselben zugestellt werden (preuß. AGO. I 7 §. 31, Württemberg Art. 229, Hannover §. 121, Oldenburg Art. 87 §. 2).

„Wegen der Zustellungen an den Landesherrn und die Mitglieder der landesherrlichen Familie ist im §. 5 des Einführungsgesetzes Vorsorge getroffen."

1) An prozeßfähige (vgl. §. 51 Abs. 2) Parteien werden Zustellungen persönlich bewirkt, an nicht prozeßfähige durch die Person der gesetzlichen Vertreter, in momentaner Ermanglung solcher an die gemäß §. 55 Abs. 1 von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichtes zu bestellenden Prozeßkuratoren.

Beide Arten der Zustellung sind jedoch nur insoweit zulässig, als ein

Prozeß noch nicht anhängig oder in dem anhängigen Prozeß ein Prozeßbevollmächtigter für die Instanz nicht bestellt ist (§. 162); demnach hat diese Art der Zustellung in anhängigen Anwaltsprozessen, in welchen beide Parteien Anwälte aufgestellt haben, niemals statt.

2) Soweit die Zustellung an die gesetzlichen Vertreter einer prozeßunfähigen Partei zulässig ist, soll für Behörden, Gemeinden, Korporationen und Personenvereine (vgl. oben zu §. 23 Nr. 1 S. 114), welche als solche klagen und verklagt werden können, hinsichtlich der Zustellungen der Vorsteher als gesetzlicher Vertreter angesehen werden, auch wenn er es in Wahrheit nicht ist. Nicht das Gleiche gilt für die belangbaren Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen. Ueber die Regelung der gesetzlichen Vertretung s. oben zu §§. 50, 51 Nr. 3, 4 S. 191 ff. Hört die gesetzliche Vertretung auf, so tritt gemäß §. 219 Aussetzung des Verfahrens ein, wenn die Partei nicht prozeßfähig geworden ist.

3) Handelt es sich um Zustellungen an einen Landesherrn oder an Mitglieder landesherrlicher Familien, so gelten hiefür zunächst diejenigen Bestimmungen, welche hierüber in den Haus- oder Landesgesetzen getroffen sind; erst in Ermanglung solcher die Bestimmungen dieses Titels (vgl. §. 5 des EG. z. CPO.). Die Bestimmung der bayr. CPO. Art. 193 Ziff. 2, wonach Zustellungen für die Civilliste des Königs an deren Vertreter oder Vorstände zu erfolgen hatten, ist jedenfalls aufgehoben (EG. z. CPO. §. 14). Nach §. 5 des EG. zur CPO. kann der Souverän wegen vermögensrechtlicher Ansprüche Dritter (nicht zum Königlichen Hause Gehöriger) selbst belangt werden. Folglich haben auch Zustellungen an ihn selbst zu geschehen, wenn nicht haus- oder landesgesetzlich anders bestimmt ist. (Vgl. oben zu §. 19 Nr. 1 S. 97 Z. 4 v. u.) Im Uebrigen vgl. Erläuterungen zu §. 5 des EG. zu CPO.

---

§. 158. (§. 151 des Entw.)

Die Zustellung für einen Unteroffizier oder einen Gemeinen des aktiven Heeres oder der aktiven Marine erfolgt an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde (Chef der Kompagnie, Eskadron, Batterie ꝛc.)

Motive: „In Betreff der Zustellungen an Militärpersonen ist — abweichend von der preuß. AGO. Anh. §. 55[1]) — ein Bedürfniß zu beson-

---

[1]) Auch von der bayer. CPO. Art. 193 Ziff. 7.

deren Vorschriften nur rücksichtlich der Militärs niederer Grade anerkannt worden, bei denen die Bewirkung von Zustellungen in Kasernements zu Unzuträglichkeiten führen kann (preuß. Entw. §. 148, hess. Entw. Art. 226, nordd. Entw. §. 237).

„Für Unteroffiziere und gemeine Soldaten des Dienststandes erfolgt die Zustellung an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde, was dem bestehenden preußischen Rechte (AGO. Anh. §. 54, — Kab.-Ordre vom 22. März 1827 —) mit der Modifikation entspricht, daß die Unterscheidung zwischen „Vorladungen" und anderweiten Zustellungen in Uebereinstimmung mit dem preuß. und nordd. Entwurf aufgegeben ist, weil der in Betracht kommende Utilitätsgrund generell bei jeder Zustellung zutrifft. Die Verpflichtung des vorgesetzten Chefs zur Weiterbeförderung der Zustellung war, weil aus dem internen Vorgesetztenverhältnisse folgend, ebensowenig besonders auszusprechen, als daß die Gültigkeit der Zustellung nicht von der wirklich geschehenen Weiterbeförderung an den eigentlichen Requisiten abhängt.

„Daß die Zustellung an den Chef der vorgesetzten Behörde nöthigenfalls in seiner Wohnung zu bewirken ist, folgt aus der Bestimmung des §. 162."

1) Die Fassung dieses Paragraphen im Entwurfe weicht von seiner jetzigen Fassung dadurch ab, daß dort der Eingang lautet:

„Die Zustellung für einen Unteroffizier oder einen gemeinen Soldaten des Dienststandes" ꝛc.

Materiell besteht jedoch zwischen beiden Fassungen kein Unterschied, da nach §. 34 des Reichsmilitärgesetzes (RGBl. v. 1874 S. 55, 56, s. auch oben zu §§. 14, 15 S. 79 f.) die Militärpersonen des Beurlaubtenstandes dem aktiven Heere und nach §. 13 des Gesetzes betr. die Verpflichtung zum Kriegsdienst v. 9. November 1867 (Bundesgesetzbl. v. 1867 S. 134) der aktiven Marine nur während der Zeit ihrer Einberufung zum Dienste angehören, also nur so lange zum „Dienststande" gehören. (Vgl. hiezu §. 4 des Reichsmilitärgesetzes und Anlage zum Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich. RGBl. 1872 S. 204.)

2) In der Justizkommission wurde zu diesem Paragraphen an die Regierung die Frage gerichtet, ob hier absichtlich gesagt sei „die Zustellung ... erfolgt an den Chef" u. s. w., während nach §. 332 des Entw. (= §. 343) die Ladung einer Militärperson als Zeugen mittelst Ersuchens an die Militärbehörde zu geschehen habe.

Hierauf erklärte Reichskanzleramtsdirektor von Amsberg: Es sei diese verschiedene Diktion allerdings absichtlich gewählt worden. Die Zu-

stellung nach §. 151 (des Entw.) erfolge an den Chef in dem Sinne, daß die Insinuation mit der Zustellung an den Chef vollendet sei. Der Chef nehme gewissermaßen als Zustellungsbevollmächtigter die Zustellung in Empfang und befördere sie auf dem Dienstwege weiter. In §. 332 (des Entw.) aber müsse die persönliche Aufforderung der Militärperson zum Erscheinen als Zeuge erst durch die Militärbehörde erlassen werden, so daß die Ladung mit dem Ersuchen an die Behörde dem Zeugen gegenüber noch nicht beendet sei. (Komm.-Prot. S. 102.)

Es ist dieß bezüglich des §. 158 die Auffassung, welche schon in den Motiven Ausdruck fand, und sie darf wohl nach dieser widerspruchslos acceptirten Erklärung als entscheidend erachtet werden.

Demnach kommt es für die Giltigkeit der Zustellungen lediglich darauf an, daß dieselben an den betr. Chef als geschehen nachgewiesen werden ohne Rücksicht darauf, ob dieser sie weiter befördert hat oder nicht. (Vgl. §. 211 Abs. 2.)

Zu diesem Paragraphen ist zu vergleichen §. 184.

3) Ist ein Prozeßbevollmächtigter des Requisiten für die Instanz bestellt, so kommt §. 158 nicht, sondern §. 162 zur Anwendung.

---

§. 159. (§. 152 des Entw.)

Die Zustellung erfolgt an den Generalbevollmächtigten, sowie in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten an den Prokuristen mit gleicher Wirkung, wie an die Partei selbst.

Motive: „Dem gesetzlichen Vertreter einer Partei sind in ihrem Verhältnisse zu dem Vertretenen ähnlich: Generalbevollmächtigte und Prokuristen. Wie der Vormund sein Recht zur Prozeßführung aus der ihm nach dem Gesetze zustehenden Vermögensverwaltung herleitet, so brauchen der Generalmandatar d. i. der zur Verwaltung aller Vermögensangelegenheiten vom dominus Berufene und der Prokurist (Art. 42 d. DHGB.) zur Prozeßführung nicht besonders bevollmächtigt zu werden, sie haben vielmehr das Recht zur Prozeßführung generell, bezw. in den das Handelsgewerbe betreffenden Angelegenheiten kraft Gesetzes. Nach ihrer ganzen Stellung, in der sie die volle vermögens- resp. handelsrechtliche Persönlichkeit des dominus — gewissermaßen als sein alter ego — repräsentiren und nach dem ihnen durch Ertheilung des Generalmandats oder der Prokura geschenkten eminenten Vertrauen ist ein vorgängiger Verkehr zwischen ihnen

und ihrem Auftraggeber selbst bei wichtigen Geschäften nicht als nothwendig zu unterstellen und es daher wohl gerechtfertigt, sie zum Empfange aller Zustellungen, auch der Klage, ebenso für berechtigt und verpflichtet zu erachten wie die Partei selbst. Der Entwurf legt deshalb — abweichend vom nordd. Entw. (vergl. Prot. I S. 353 ff.) — in Uebereinstimmung mit dem hannov. (§. 160) und hess. (Art. 227) Entw. der Zustellung an jene Repräsentanten dieselbe Wirkung bei, wie einer an die Partei selbst erfolgten (vgl. hannov. Prot. S. 287 ff., 5085 ff., 5932). Die Zustellung an Letztere ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen, auch wenn sie einen Generalbevollmächtigten oder Prokuristen hat (hannov. Prot. S. 355). Es würde aber den unabweisbaren Verkehrsbedürfnissen wenig entsprechen, wenn für eine vielleicht in sehr entfernten Gegenden wohnende Person, die für ihr im Inlande belegenes Vermögen oder Handelsgewerbe einen Generalbevollmächtigten oder Prokuristen bestellt hat, Zustellungen gleichwohl nicht an die Letzteren, sondern an die entfernte Partei selbst erfolgen müßten.

„Die eigenthümliche Stellung des Prokuristen, wie sie ihm in Art. 42, 43 des Deutschen Handelsgesetzbuchs eingeräumt ist, theilt der Handlungsbevollmächtigte (vgl. bayer. Proz.=Ordn. Art. 193 Abs. 2) aber keineswegs; derselbe ist zur Prozeßführung nur dann berechtigt, wenn ihm die Befugniß besonders durch seine Vollmacht beigelegt ist (Art. 47 d. DHGB.)"

1) Der Begriff des Generalbevollmächtigten ist gesetzlich nicht festgestellt. Wenn die Motive darunter den zur Verwaltung aller Vermögensangelegenheiten einer Person von dieser Berufenen verstehen, so darf dieß „aller" nicht zu streng wörtlich interpretirt werden; es ergibt sich vielmehr aus dem Schlusse der angeführten Motive (s. o. Zeile 11 ff.) selbst, daß auch Derjenige Generalbevollmächtigter im Sinne des Gesetzes ist, der mit Verwaltung des auf einem bestimmten örtlichen Gebiete liegenden Vermögens einer Person betraut ist. Ueberhaupt ist „Generalbevollmächtigter" ein elastischer Begriff. Die Vollmacht kann nämlich generell sein hinsichtlich aller Angelegenheiten des Vollmachtgebers oder hinsichtlich einer bestimmten Klasse von Angelegenheiten oder endlich hinsichtlich einer einzelnen Angelegenheit, die eine Vielheit rechtlicher Maßnahmen erfordert oder erfordern kann (cf. Arndts, Pand. §. 77; Andere unterscheiden universelle, generelle und spezielle Vollmacht vgl. Seuffert, prakt. Pand.=R. 4. Aufl. §. 337 N. 3).

2) Die Zustellung nach §. 159 ist nur so lange zuläßig, als nicht für den Requisiten ein Prozeßbevollmächtigter für die Instanz bestellt ist. (§. 162.)

3) Ob Rechtsstreitigkeiten durch den Betrieb eines Handelsgewerbes

hervorgerufen worden sind oder nicht, das ist Thatfrage; jedenfalls ist damit soviel gesagt, daß an den Prokuristen nicht blos in solchen Prozessen zugestellt werden kann, welche das Handelsgewerbe direkt betreffen.

---

§. 160. (§. 153 des Entw.)

Wohnt eine Partei weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, so kann das Gericht, falls sie nicht einen in diesem Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, auf Antrag anordnen, daß sie eine daselbst wohnhafte Person zum Empfange der für sie bestimmten Schriftstücke bevollmächtige. Diese Anordnung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Wohnt die Partei nicht im Deutschen Reiche, so ist sie auch ohne vorgängige Anordnung des Gerichts zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet, falls sie nicht einen in dem durch den ersten Absatz bezeichneten Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat.

§. 161. (§. 154 des Entw.)

Der Zustellungsbevollmächtigte ist bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder, wenn die Partei vorher dem Gegner einen Schriftsatz zustellen läßt, in diesem zu benennen. Geschieht dies nicht, so können alle späteren Zustellungen bis zur nachträglichen Benennung in der Art bewirkt werden, daß der Gerichtsvollzieher das zu übergebende Schriftstück unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnorte zur Post giebt. Die Zustellung wird mit der Aufgabe zur Post als bewirkt angesehen, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt.

Die Postsendungen sind mit der Bezeichnung „Einschreiben" zu versehen, wenn die Partei es verlangt und zur Zahlung der Mehrkosten sich bereit erklärt.

Motive: „Mit den Zustellungen im Auslande sind, so einfach dieselben auch geregelt werden mögen, Weiterungen verknüpft, welche zu vielfachen, mit dem raschen energischen Gange einer mündlichen Prozedur unvereinbaren Verschleppungen des Verfahrens führen müssen. Es ist daher

gerechtfertigt, wenn der §. 153 Abs. 2 der nicht im Deutschen Reiche wohnhaften Partei die Verpflichtung auflegt, einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen, falls sie nicht einen Prozeßbevollmächtigten bestellt, der am Orte des Prozeßgerichts oder in dem Amtsgerichtsbezirke wohnt, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat.

„Anders verhält es sich mit den Zustellungen im Inlande, sobald neben der Zustellung durch Gerichtsvollzieher die Zustellung durch die Post zugelassen ist, denn die Post vermittelt den Verkehr zwischen den verschiedenen Orten des Deutschen Reichs so schnell, daß es regelmäßig für die Einhaltung eines raschen energischen Ganges des Prozeßverfahrens ohne Interesse ist, ob an dem Orte des Prozeßgerichts, beziehungsweise in dem Amtsgerichtsbezirke, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, oder an einem anderen in Deutschland belegenen Orte zugestellt wird. Es ist daher statthaft, wenn die Zustellungen innerhalb des Deutschen Reichs erfolgen können, im Anschluß an den nordd. Entw. §. 240 der Partei, die weder an dem Orte des Prozeßgerichts, beziehungsweise in dem Amtsgerichtsbezirke, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, wohnt, noch in diesem Orte oder Bezirke durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist, als Regel die Vertheuerung, Gefährdung und Erschwerung der Prozeßführung zu ersparen, welche mit der Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten verbunden sind, sie also zur Aufstellung eines solchen Bevollmächtigten nur zu verpflichten, wenn sich dieselbe ausnahmsweise als erforderlich ergeben sollte. Derartige Ausnahmsfälle werden vorliegen, wenn z. B. die Zustellung durch die Post nicht ausführbar ist oder sich als zu zeitraubend erweist. Eine Spezialisirung mußte unterbleiben, es mußte vielmehr dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt werden, ob die konkrete Sachlage so gestaltet sei, daß sich die Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten vernothwendige.

„Die Partei hat den gewählten Zustellungsbevollmächtigten bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder im nächsten Schriftsatze dem Gegner, bezüglich Gerichte namhaft zu machen. Darin liegt seine Beglaubigung; ein besonderer Vollmachtsnachweis kann nicht verlangt werden, — zumal die Zustellung an die Partei selbst unbenommen ist (vgl. Schmitt, bayer. Civil-Proz. I S. 736). Die einmal erfolgte Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten gilt für alle Instanzen, einschließlich der Zwangsvollstreckung [1]); die §§. 80, 81 werden dabei zur analogen Anwendung gelangen (vgl. Bayern Art. 192, Schmitt a. a. O. S. 735).

„An die Unterlassung der Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten

[1]) Siehe dagegen Nr. 5.

— welcher die Fälle gleichzustellen sind, wenn die Bestellung ohne Ernennung einer anderen Person widerrufen wird oder die Zustellung an die benannte Person nicht vollzogen werden kann (Württemberg Art. 230) — knüpft der §. 154 die Folge, daß die Post als gesetzlicher Zustellungsbevollmächtigter der nachlässigen Partei und das Schriftstück mit der Aufgabe zur Post durch den Gerichtsvollzieher als dem Requisiten zugestellt gelten soll, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt (vgl. auch §. 632 Abs. 2). Voraussetzuug ist, daß die Adresse, so wie sie gewählt wurde, mit Grund gewählt worden ist. Eine Partei, welche beispielsweise im Laufe des Prozesses ihren Wohnort ändert, ohne dies dem Gegner oder dem Gerichte anzuzeigen, wird sich gefallen lassen müssen, daß das zuzustellende Schriftstück noch ferner nach ihrem bisherigen Wohnorte adressirt wird; ist dagegen die Anzeige erfolgt, so haben der Gegner und das Gericht die ihnen mitgetheilte Adresse des Requisiten zu wählen, um auf diesem Wege gültig zuzustellen. Hat der Requisit einen Prozeßbevollmächtigten, der aber außerhalb des im §. 153 gezogenen Kreises wohnt, so geschieht die Aufgabe der Sendung unter der Adresse des Prozeßbevollmächtigten (§. 155).

„Die Vorschriften des französischen und badischen Rechts über das domicile élu haben hinsichtlich der Zustellungen im §. 15 Nr. 5 des Einführungsgesetzes Berücksichtigung gefunden.“

1) In §. 160 wird die Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten in verschiedener Weise vorgesehen, je nachdem eine Partei im Inlande oder im Auslande wohnt. Ob das „Wohnen“ im Sinne von „einen Wohnsitz haben“ oder von „sich aufhalten“ gebraucht ist, läßt sich Mangels aller Auslegungsbehelfe nicht mit Bestimmtheit entscheiden. Dem Geiste des Gesetzes wird es wohl am meisten entsprechen, wenn „wohnen“ in dem ersteren Sinne verstanden wird. Es ist nicht wohl anzunehmen, daß der Gesetzgeber beispielsweise einem vorübergehend im Auslande sich aufhaltenden Deutschen, der in Deutschland seinen unbezweifelten Wohnsitz hat, die Pflicht zur Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten aufbürden will, wenn zufällig während seiner Abwesenheit von Deutschland mit ihm Prozeß geführt wird, während er doch seine ganze Familie am Wohnsitz zurückgelassen hat.

2) Wohnt eine Partei weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, jedoch im Inlande, so steht dem Gerichte die Befugniß zu, die Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten (s. o. S. 150 Z. 11 v. u.) auf Antrag und nur auf Antrag zu verfügen. Bloßer Aufenthalt der Partei am Orte oder im Amtsgerichtsbezirke des Prozeßgerichts hindert die Anordnung des Gerichts nicht. Als Partei, deren Wohnsitz hiefür entscheidend ist, hat man

sich sowohl jede Haupt- wie jede Nebenpartei (Intervenienten) zu denken (s. o. §§. 50, 51 Nr. 1 S. 191).

Prozeßgericht ist hier das Gericht, bei welchem der betreffende Prozeß bereits anhängig ist (anders in §. 109 s. o. S. 370 Nr. 1); denn die nächste gerichtliche Verhandlung oder der nächste Schriftsatz (§. 161) setzen die Erhebung der Klage voraus. Vorher kann demnach von der erwähnten Verfügung nicht die Rede sein (a. M. Uebel, Kommentar Bd. I S. 161 Nr. 2). Das „Gericht", welches die Verfügung treffen kann, ist selbstverständlich mit „Prozeßgericht" identisch.

Die Befugniß des Gerichts, diese Verfügung zu erlassen, ist an eine doppelte Voraussetzung noch weiter gebunden:

a) es wird Antrag erfordert, wobei vernünftigerweise nur an einen Antrag der Gegenpartei bezw. der Hauptpartei gegenüber der Nebenpartei gedacht werden kann;

b) es darf die Partei, gegen welche der Antrag gestellt wird, nicht schon einen am Orte oder im Amtsgerichtsbezirke des Prozeßgerichts wohnenden Prozeßbevollmächtigten bestellt haben. Das Vorhandensein eines an diesem Orte oder in diesem Bezirke wohnhaften Generalbevollmächtigten bezw. Prokuristen genügt nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht, um die Möglichkeit der Verfügung auszuschließen, obwohl gemäß §. 159 der Zweck des Gesetzes wohl vollkommen erreicht wäre. Dagegen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Wohnen des gesetzlichen Vertreters (§. 157) in dem bezeichneten Rayon die betr. Verfügung ausschließt, auch wenn die prozeßunfähige Partei anderwärts ihren Wohnsitz haben sollte.

Der Verfügung ist nur genügt, wenn ein am Orte oder im Amtsgerichtsbezirke des Prozeßgerichts wohnender Zustellungsbevollmächtigter ernannt ist. Zustellungsbevollmächtigter kann jede willensfähige Person sein. Prozeßfähigkeit wird nicht erfordert.

3) Eine Anfechtung des Beschlusses, welcher die Anordnung der Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten enthält oder den Antrag hierauf ablehnt, findet nicht statt. Letzterem scheint zwar die Fassung der Schlußsätze („diese Anordnung") zu widerstreiten; allein wenn man nur den Beschluß, welcher dem Antrage stattgibt, für unanfechtbar halten wollte, so wäre diese ganze Bestimmung überflüssig, da hiegegen ohnehin keine Beschwerde (das einzige hier in Betracht kommende Rechtsmittel) zulässig wäre (§. 530).

4) Wohnt die Partei nicht im Deutschen Reiche, so obliegt ihr die Pflicht, einen Zustellungsbevollmächtigten aufzustellen, jedoch unter der Voraussetzung sub Nr. 2 lit. b.

Auch in diesem Falle kann die Anordnung der Aufstellung beantragt

werden und hängt die Anordnung vom Antrage ab. Für die Anfechtung des bezüglichen Beschlusses gilt die Bestimmung des Abs. 1, da der Fall des Abs. 2 unter den Abs. 1 mit subsumirt werden kann und Abs. 2 nur für seinen Fall etwas hinzufügt.

5) Die Ansicht der Motive (s. o. S. 478 Anm. 1), daß die einmal erfolgte Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten für alle Instanzen einschließlich der Zwangsvollstreckung gelte, kann mit dem Gesetze nicht bestehen. Ganz abgesehen davon, daß das Gesetz hierüber vollständig schweigt und eine Analogie des §. 77 sich durchaus nicht von selbst versteht, würde diese Ansicht in höheren Instanzen den ganzen Zweck des §. 160 vereiteln und überdieß mit dessen ausdrücklichen Vorschriften in Widerspruch gerathen. Denn hiernach soll ein Zustellungsbevollmächtigter benannt werden, der entweder am Orte des Prozeßgerichts oder in dessen Amtsgerichtsbezirke wohnt. Man setze nun den Fall: A in München ist in erster Instanz für den am Landgerichte München geführten Prozeß als Zustellungsbevollmächtigter benannt worden. Nachdem der Prozeß durch Berufung an das Oberlandesgericht München gelangt und hier entschieden war, wird Revision zum Reichsgericht in Leipzig erhoben. Soll nun noch immer A in München Zustellungsbevollmächtigter sein? Kann er es überhaupt sein Angesichts der Bestimmung, daß der Zustellungsbevollmächtigte am Orte oder im Amtsgerichtsbezirke des Prozeßgerichts (also hier des Reichsgerichts) wohnen müsse? (Arg. e contrario in §. 164.)

Mit mehr Recht läßt sich analoge Anwendung der §§. 82, 83 vertreten. Insoferne nemlich die Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten zugleich eine Versicherung der andern Partei gegenüber enthält, daß an denselben wirksam zugestellt werden könne und solle, entspricht es allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß die andere Partei von der Aufhebung der Zustellungsvollmacht in Kenntniß gesetzt sein muß, wenn sie das Recht der Zustellung an den Zustellungsbevollmächtigten verlieren soll. Aber diese Analogie kann sich nach dem Bisherigen nur auf die einzelne Instanz beziehen, für welche die Zustellungsvollmacht ertheilt ist.

6) Nach §. 161 Abs. 1 muß die gesetzliche (§. 160 Abs. 2) oder durch richterliche Anordnung (§. 160 Abs. 1) auferlegte Pflicht der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten bei Meidung der Strafzustellung durch Aufgabe zur Post in einem bestimmten Zeitpunkt erfüllt sein. Dieser Zeitpunkt ist die nächste gerichtliche Verhandlung, d. h. die Verhandlung, welche nach dem Eintritt der Verpflichtung stattfindet, gleichviel ob sie eine Verhandlung zur Hauptsache ist oder nicht. Geht jedoch der nächsten gerichtlichen Verhandlung die Zustellung eines Schriftsatzes von Seiten der verpflichteten Partei voraus, so muß die Benennung des Zustellungsbevoll-

mächtigten schon in diesem Schriftsatze enthalten sein. Demgemäß hat der Kläger, bei welchem die Voraussetzungen des §. 160 Abs. 2 zutreffen, die Benennung schon in der Klageschrift vorzunehmen, wenn er die Exzeptionsschrift des Beklagten nicht durch Aufgabe zur Post zugestellt haben will.

Die als Präjudiz der Nichterfüllung jener Pflicht angedrohte Zustellung durch Aufgabe zur Post besteht darin, daß der zustellende Beamte die Post seines Wohnortes als Zustellungsbevollmächtigte der säumigen Partei betrachten darf. Im Uebrigen geschieht diese Zustellung nach den allgemeinen Regeln der Zustellungen. Es bleibt daher insbesondere der Gerichtsvollzieher, der gemäß §. 152 auch durch den Gerichtsvollzieher beauftragt sein kann, der Zustellungsbeamte und dadurch unterscheidet sich diese Strafzustellung insbesondere von der in §. 176 allgemein zugelassenen Zustellung durch die Post, bei welcher der Postbote den Akt der Zustellung vornimmt. Die Strafzustellung erfolgt durch Einlieferung des zu übergebenden Schriftstücks, d. i. gemäß §. 156 entweder der Ausfertigung oder einer Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks (s. o. zu §. 156 Komm. Prot. S. 58), bei der Postanstalt. Die unmittelbare Beauftragung der Post durch den Gerichtsschreiber mit Umgehung des Gerichtsvollziehers (§. 179) ist daher für die Zustellung durch Aufgabe zur Post ausgeschlossen. Es gelten hiefür auch nicht die Vorschriften der §§. 177, 178, wohl aber die des §. 174 bezw. des §. 175 [1]).

7) Außer dem Falle des §. 161 findet Zustellung durch Aufgabe zur Post noch gemäß §. 221 Abs. 2 statt, wenn die Fortsetzung des wegen Todes oder Unfähigwerdens eines Anwalts unterbrochenen Verfahrens wegen Verzögerung der Anwaltsbestellungsanzeige Seitens der hiezu veranlaßten Partei durch Aufforderung zur Anwaltsbestellung versucht ist, dieser Aufforderung keine Folge geleistet wird und die Partei nicht in dem durch §. 161 bezeichneten Umkreis wohnt. (Vgl. noch §. 164.)

Eine andere Natur und andere Voraussetzungen als die Strafzustellung durch Aufgabe zur Post hat die in §. 683 Abs. 2 zugelassene Uebersendung, obwohl auch sie als Zustellung durch Aufgabe zur Post in den Motiven zu §. 632 Abs. 2 des Entwurfs (Off. Ausgabe S. 412) bezeichnet wird.

8) Die Zustellung durch Aufgabe zur Post ist nur so lange statthaft, als ein Zustellungsbevollmächtigter nach §. 160 nicht ernannt ist.

---

[1]) Bei Lothar Seuffert, Kommentar §. 161 Nr. 1 wird für die Zustellung durch die Post auf §§. 169, 171, für die Zustellung durch Aufgabe zur Post auf §. 168 verwiesen. Diese Paragraphennummern entsprechen jedoch nicht der Paragraphirung des Gesetzes, sondern der des Entwurfes.

Wird ein Prozeßbevollmächtigter mit dem nach §. 160 nöthigen Wohnsitz aufgestellt oder verlegt die Partei selbst ihren Wohnsitz in den durch §. 160 bezeichneten Rayon, so hört damit natürlich ebenfalls die Statthaftigkeit der Zustellung nach §. 161 Abs. 1 auf, da dann die Voraussetzung wegfällt, unter der §. 160 und folgerichtig §. 161 zur Anwendung kommt.

9) Der zweite Absatz des §. 161 ist ein Produkt der Justizkommission. Der dießbezügliche Antrag des Abg. Dr. Bähr lautete:

„Auf Begehren der auswärtigen Partei sind die Postsendungen mit der Bezeichnung „„Einschreiben"" zu versehen, wenn die gedachte Partei sich zur Zahlung der Mehrkosten bereit erklärt." (Komm. Pr. S. 58.)

Durch die Redaktionskommission wurden die Worte „auswärtige" und „gedachte" gestrichen, gewiß nicht zur größeren Klarheit des Sinnes. Aber nachdem die Redaktionskommission zu sachlichen Aenderungen der Kommissionsbeschlüsse keine Vollmacht hatte, muß als Meinung der Kommission und wohl auch des Gesetzes unter der Partei in Abs. 2 die auswärtige Partei verstanden werden, an welche die Zustellung durch Aufgabe zur Post erfolgt, um so mehr als die andere Partei an dem Einschreiben der Sendung kein Interesse hat, da ja für sie die Zustellung mit Uebergabe des Schriftstückes an die Post als vollendet gilt.

Eine Frankirung der betreffenden Postsendung ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben; allein die Pflicht hiezu ergibt sich für den betreibenden Theil, wie L. Seuffert mit Recht bemerkt (Kommentar §. 161 Nr. 5), dann, wann die Postsendungen überhaupt nach dem Wohnort des Adressaten dem Frankirungszwange unterliegen, da die Aufgabe zur Post zwar zur Strafe der Säumigkeit geschieht, jedoch mit dem ausgesprochenen Zwecke, die Post zum Zustellungsbevollmächtigten des Säumigen zu machen, d. h. durch sie die Sendung an den Adressaten gelangen zu lassen, nicht aber damit die Sendung am Aufgabeorte unbefördert liegen bleibe.

10) Ueber das forum salarii für Zustellungsbevollmächtigte s. o. zu §. 34.

---

§. 162. (§. 155 des Entw.)

Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, müssen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen.

§. 163. (§. 156 des Entw.)

Als zu der Instanz gehörig sind im Sinne des vorstehenden Paragraphen auch diejenigen Prozeßhandlungen anzusehen, welche

das Verfahren vor dem Instanzgerichte in Folge eines Einspruchs, einer Aufhebung des Urtheils des Instanzgerichts, einer Wiederaufnahme des Verfahrens oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz zum Gegenstande haben. Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte ist als zur ersten Instanz gehörig anzusehen.

§. 164. (§. 157 des Entw.)

Die Zustellung eines Schriftsatzes, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird, erfolgt an den für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten; wenn ein solcher noch nicht bestellt ist, an den Prozeßbevollmächtigten der zunächst nachgeordneten Instanz; in Ermangelung eines solchen an den Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz.

Ist auch kein Prozeßbevollmächtigter erster Instanz vorhanden, so erfolgt die Zustellung an den von dem Gegner, wenngleich nur für die erste Instanz, bestellten Zustellungsbevollmächtigten; in Ermangelung eines solchen an den Gegner selbst, und zwar an diesen durch Aufgabe zur Post, wenn er einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen hatte, die Bestellung aber unterlassen hat.

Motive: „Während Zustellungen, welche den Rechtsstreit anhängig machen (Zustellung der Klage, Ladungsurkunde des Gerichtsvollziehers), nothwendig an die Partei selbst oder die mit ihr identischen Personen (§§. 150—152) zu geschehen haben, dürfen, nachdem der Rechtsstreit einmal anhängig geworden, alle weiteren Zustellungen nicht mehr in gleicher Weise erfolgen, wenn die Partei einen Prozeßbevollmächtigten bestellt hat. Der Grund für die obligatorisch vorgeschriebene Zustellung an den Letzteren anstatt an die Partei liegt in der berechtigten Annahme, daß durch Ertheilung der Prozeßvollmacht die Partei sich des eigenen Prozeßbetriebes begeben hat. Konsequenterweise kann in solchen Fällen die ungerechtfertigte Zustellung an die Partei anstatt an den Prozeßbevollmächtigten nicht diejenigen Wirkungen (Beginn des Laufs der Nothfrist ꝛc.) äußern, welche sonst mit der Zustellung eingetreten sein würden.

„Der Entwurf hat die Vorschrift des §. 155 als eine ausnahmslos für alle Zustellungen — jeder Art, jedes Gegenstandes, jeder Instanz — geltende hingestellt. Er kennt, abgesehen vom Falle der §§. 209, 215, nirgends eine doppelte Zustellung [1]).

---

[1]) Vgl. u. zu §. 217 Nr. 4.

„In jedem Falle soll die Zustellung an denjenigen Prozeßbevollmächtigten bewirkt werden, der für die Instanz, in welcher die Zustellung nothwendig wird, bestellt ist. Dem entspricht auch die Vorschrift im §. 157 (vgl. Oldenburg Art. 88, nordd. Entw. §§. 778, 842). Zu welcher Instanz Zustellungen gehören, könnte in einzelnen Fällen zu Zweifeln Veranlassung geben; diese Fälle haben daher im §. 156 eine ausdrückliche Entscheidung gefunden, welche mit den beim Einspruche, bei Aufhebung der Urtheile durch ein höheres Gericht, bei der Wiederaufnahme des Verfahrens und in der Zwangsvollstreckungsinstanz angenommenen Grundsätzen des Entwurfs harmonirt. Von dem Verfahren vor dem Instanzgerichte in Folge eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz handeln die §§. 635, 636. Kann es gleich bei der Mannigfaltigkeit der Fora in der Exekutionsinstanz, in welcher das kompetente Vollstreckungsgericht vielfach nicht am Sitze des Prozeßgerichts sein wird, bedenklich erscheinen, daß auch in solchen Fällen an den entfernten Prozeßbevollmächtigten zugestellt werden muß, so rechtfertigt sich die Vorschrift doch, wenn man die Lage des Exekutionssuchers in Betracht zieht; für diesen wäre schlecht gesorgt, wenn sein Bevollmächtigter die Zwangsvollstreckung für ihn betreibt, die Zustellungen aber gleichwohl ihm selbst zugehen sollten."

1) Die §§. 162—164 handeln nur von Zustellungen in einem anhängigen Prozesse, d. h. von solchen, welche erfolgen, nachdem der Prozeß anhängig geworden ist. Die Frage der Anhängigkeit beantwortet sich aus den §§. 230, 235, 460, 461 Abs. 2, 479, 515, 532. Bei einem Verfahren, welches keine Klage zu dessen Eröffnung voraussetzt, kann von Anhängigkeit eines Rechtsstreites überhaupt nicht gesprochen werden. Es ist daher verfehlt, wenn Puchelt (Kommentar Bd. I S. 433 Nr. 3) z. B. das Verfahren zur Sicherung des Beweises (§§. 447 ff.) mit Einreichung des Gesuches durch einen Prozeßbevollmächtigten und Bezeichnung eines solchen durch den Gegner anhängig werden und darauf den §. 162 anwendbar sein läßt.

2) Zustellungen der sub 1 bezeichneten Art müssen bei Meidung der Ungültigkeit (§. 511) an den Prozeßbevollmächtigten der Instanz geschehen, können also auch nicht, wenn ein Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, an den Generalbevollmächtigten oder Prokuristen giltig erfolgen (vgl. o. zu §. 159 Nr. 2). Ueber die Grundsätze der CPO. bezüglich der Prozeßbevollmächtigten s. zu §§. 74 ff., insbesondere zu §. 77 Nr. 2a S. 284.

Der vorläufig zugelassene unbevollmächtigte Vertreter einer Partei (§. 85) ist im Sinne des §. 162 als Prozeßbevollmächtigter zu betrachten, so daß an ihn die Zustellungen erfolgen müssen. Zwar scheint dagegen

zu sprechen, daß nur von dem „bestellten" Prozeßbevollmächtigten die Rede ist und daß die Motive als ratio legis anführen, es sei die Annahme berechtigt, die Partei habe sich durch Ertheilung der Prozeßvollmacht des eigenen Prozeßbetriebes begeben. Allein auf der anderen Seite liegt in der mündlichen Bevollmächtigung (§. 85) wohl auch der Verzicht auf den eigenen Prozeßbetrieb und wird der zugelassene Vertreter ohne Vollmacht durch die Zulassung als „bestellt" betrachtet, so daß sich die Gegenpartei mit ihm einlassen muß. (Vgl. oben Motive zu §. 85 S. 304. A. M. Uebel, Kommentar I. Bd. S. 162 Nr. 4.)

Im Anwaltsprozeß ist ohnehin die Vorlage einer Vollmacht nicht erforderlich, wenn der Gegner den Mangel der Vollmacht nicht rügt (§. 84 Abs. 2). Aber auch wenn die Rüge in einem Schriftsatze erfolgt und vor Zulassung des Anwalts gemäß §. 85 eine Zustellung vollzogen werden soll, so muß sie an den unbevollmächtigten Anwalt geschehen, da die Rüge nach dem System der Mündlichkeit erst dann vom Gerichte berücksichtigt werden darf, wann sie in der mündlichen Verhandlung angebracht wurde. (S. o. S. 393, 394.)

Im Parteiprozesse hat das Gericht den Mangel der Prozeßvollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen (§. 84 Abs. 2); deßhalb kann auch derjenige, welcher ohne Vollmacht als Vertreter handelt, bevor er nach §. 85 zugelassen ist, nicht als Prozeßbevollmächtigter im Sinne des §. 162 gelten. Zustellungen, welche vor dieser Zulassung geschehen, müssen daher nicht an ihn, sondern können an die Partei selbst gerichtet werden. Der Mangel einer Beglaubigung der Vollmacht (§. 76 Abs. 2) überhebt den Prozeßgegner nicht der Pflicht, Zustellungen an den Prozeßbevollmächtigten zu richten, so lange er den Mangel nicht in der mündlichen Verhandlung gerügt hat und auch nach erfolgter Rüge so lange nicht, als der Bevollmächtigte trotz Mangels der Beglaubigung einstweilen zugelassen ist (s. o. zu §. 85 Nr. 1 S. 305).

Die Verpflichtung, an den bestellten Prozeßbevollmächtigten zuzustellen, dauert so lange, bis nach §. 83 die Kündigung der Prozeßvollmacht für den Prozeßgegner von Wirksamkeit wird (s. o. zu §. 83 Nr. 5). Durch den Tod des Vollmachtgebers oder durch eine sonstige Veränderung in seiner Persönlichkeit wird die Stellung des Prozeßbevollmächtigten und die daraus resultirende Pflicht des Prozeßgegners gemäß §. 162 nicht berührt (§. 82). Die Folge der Ungültigkeit einer Zustellung an die Partei selbst anstatt an ihren Prozeßbevollmächtigten tritt sogleich hervor, wenn gegen die nichterschienene ein Versäumnißurtheil genommen werden soll (§. 300 Ziff. 2).

3) Wie die Motive hervorheben, gilt §. 162 ausnahmslos für alle Zustellungen; also auch für Zustellungen von Beschlüssen, Urtheilen, Rechts-

mitteleinlegungen ꝛc. Hierin weicht das Gesetz von älteren Gesetzgebungen des schriftlichen wie des mündlichen Verfahrens ab. In Bayern war Zustellung der Urtheile im engeren Sinne (Art. 682, 683 der bayer. CPO.) an den Anwalt und die Partei im Anwaltsprozesse vorgeschrieben (Art. 192 Abs. 2 l. c.); in Preußen mußten Urtheile direkt an die Partei zugestellt werden und durften es an den Prozeßbevollmächtigten nur auf Grund einer Spezialvollmacht desselben. (Vgl. auch Württemb. CPO. Art. 227; Bad. CPO. §. 231 und Motive zu §§. 155—157 S. 149 der offiziellen, S. 451 der Kortkampf'schen Ausgabe.)

4) Da der Prozeßbevollmächtigte bei Empfangnahme von Zustellungen gemäß §§. 162—164 vollständig die Partei repräsentirt, so finden auf denselben auch die §§. 160, 161 Anwendung, m. a. W. der Prozeßbevollmächtigte, welcher nicht im Rayon des §. 160 wohnt, muß einen Zustellungsbevollmächtigten aufstellen, wenn ihm nicht durch Aufgabe zur Post zugestellt werden soll.

5) Nur auf Zustellungen ist §. 162 anwendbar. Darunter fallen also nicht die „Mittheilungen", „Benachrichtigungen" ꝛc., welche in dem Gesetze an verschiedenen Stellen vorgeschrieben sind (§§. 70 Abs. 2, 125, 204, 327 Abs. 2, 329 Abs. 4, 330, 351 Abs. 4, 463 Abs. 2, 603, 623 Abs. 2, 634 Abs. 2, 669 Abs. 3; dazu noch §. 192: Mittheilung der Anwaltsbestellung). Zwar unterliegt es keinem Bedenken, daß diese Mittheilungen ꝛc. an den Prozeßbevollmächtigten wirksam geschehen können (s. o. zu §. 77 Nr. 1); allein eine Pflicht des Gegners in dieser Richtung besteht nicht und eine an die Partei selbst gerichtete Mittheilung ist nicht ungültig (s. jedoch §. 171 Abs. 3 S. 503 lit. e).

6) Die Ungültigkeit der Zustellung in Folge Verletzung des §. 162 ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen und unterliegt dem Verzichte der Parteien, weßhalb sie denn auch durch Unterlassung rechtzeitiger Rüge geheilt wird (§. 267). Auch insoferne eine Nothfrist in Frage steht, innerhalb deren eine Zustellung zu geschehen hat (§§. 304 und 549, s. übrigens unten Nr. 10), wird hievon keine Ausnahme zu machen sein. Nicht etwa deßhalb, weil inhaltlich der Motive zu §. 267 (257 des Entw. s. o. zu §. 152 Nr. 1 S. 466) auf die Beobachtung aller die Zustellungsformen betreffenden Vorschriften verzichtet werden kann (denn hier handelt es sich nicht um die Form des Aktes, sondern um die Person des Requisiten), sondern weil gesetzliche Bestimmungen überhaupt und die Bestimmungen über die Offizialprüfung der Einhaltung von Nothfristen insbesondere m. E. nicht entgegenstehen. Wenn nämlich auch durch Parteivereinbarung Nothfristen nicht verlängert werden können (§. 202) und die §§. 306 und 552 dem Gerichte die Prüfung der Rechtzeitigkeit des Einspruchs und der Wieder-

aufnahmsklagen zur Pflicht machen, so ist doch zu sagen, daß es sich bei Verletzung des §. 162 gar nicht um die Eventualität einer Nothfristverlängerung handelt. Denn es wird natürlich vorausgesetzt, daß die Zustellung an die Partei selbst anstatt an den Prozeßbevollmächtigten rechtzeitig d. i. innerhalb der Nothfrist geschah. Ist dieß aber der Fall, dann fragt sich nur, ob die Partei, welche die Ungültigkeit solcher Zustellung geltend machen kann, nicht auch darauf verzichten könne. Da nun aber von Amtswegen nur zu prüfen ist, ob die Frist der Zustellung eingehalten war, nicht, ob ein Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, und nicht, wer der richtige Requisit sei, so scheint einem solchen Verzichte nichts entgegenzustehen. Durch ihn wird die ungültige Zustellung giltig und soferne sie rechtzeitig erfolgte, ist dadurch die Nothfrist gewahrt. (A. M. Lothar Seuffert a. a. O. §. 162 Nr. 6, jedoch, wie mir scheint, nicht konsequent mit sich selbst, da er zu §. 162 Nr. 5 bemerkt: „die Vorschrift des §. 162 kann nicht durch Verabredung der Parteien mit der Wirkung ausgeschlossen werden, daß die Zustellungen zufolge der Abrede an die Partei geschehen müßten. Dies folgt daraus, daß in jener Verabredung eine nach §. 79 unzulässige Beschränkung der Prozeßvollmacht läge.“ Also mit der Wirkung, daß an die Partei zugestellt werden kann, ist die Abrede möglich. Weßhalb sollte nun nicht nachträglich verzichtet werden können auf das, worauf im Voraus Verzicht zulässig ist?)

7) Ein Prozeßbevollmächtigter mehrerer Betheiligter erhält nur eine Zustellung. Ist eine Partei durch mehrere Prozeßbevollmächtigte vertreten, so genügt die Zustellung an einen derselben (§§. 80, 172).

8) In §. 163 ist bestimmt, daß der für die Instanz bestimmte Prozeßbevollmächtigte als solcher zu erachten ist auch bezüglich derjenigen Prozeßhandlungen, welche das Verfahren in Folge eines Einspruchs (§§. 303 ff.), einer Aufhebung des Urtheils (§§. 500, 510, 527, 528), einer Wiederaufnahme des Verfahrens (§§. 541 u. 554) oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz (§§. 686, 687) betreffen. Gemäß §. 78 wird auch das Verfahren, welches in Folge einer Hauptintervention sich ergibt, hieher zu zählen sein, sofern der Hauptprozeß noch in erster Instanz anhängig ist (§. 61). Ebenso gehört hieher das Verfahren auf Arrest und einstweilige Verfügungen (§§. 78, 821, 799, 802 Abs. 2, 804, 815, 816); endlich auch das durch Widerklage veranlaßte Verfahren (§. 77).

Zur ersten Instanz unter allen Umständen gehört das Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht, auch wenn Vollstreckungsgericht und Prozeßgericht erster Instanz verschieden sind (§§. 684, 690, 710, 729, 730 Abs. 2; 736 Abs. 3, 755, 756, 780, 781; vgl. aber u. zu §§. 182 ff. Nr. 4a). Diese Fiktion, daß das Vollstreckungsgericht nur als Theil des Prozeßge-

richts erster Instanz betrachtet wird, hat zur Folge, daß der am Orte des Prozeßgerichts erster Instanz wohnende Prozeßbevollmächtigte als wohnend gilt auch am Orte des Vollstreckungsgerichts, daß demnach für ihn eine Verpflichtung zur Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten durch Verlangen des Gegners (§. 160) nicht begründet werden und die Zustellung durch Aufgabe zur Post an diesen Prozeßbevollmächtigten nicht rite bewirkt werden kann. (Vgl. Struckmann-Koch, Kommentar §. 163; L. Seuffert, Kommentar §. 163 Nr. 2.)

Wird für die Zwangsvollstreckung ein eigener Prozeßbevollmächtigter bestellt, so kann zwar an diesen wirksam zugestellt werden; dagegen bleibt der Prozeßbevollmächtigte erster Instanz, so lange die Vollmacht nicht gekündigt und hievon der Gegner gemäß §. 83 verständigt wurde, für den Prozeßgegner immer der legitimirte Zustellungsempfänger (arg. §§. 77, 79 Abs. 1. A. M. L. Seuffert a. a. O. §. 163 Nr. 2 a. E.).

Es kann sich demnach das eigenthümliche Resultat ergeben, daß die Zustellungen im Prozesse vor dem Vollstreckungsgerichte an einen Prozeßbevollmächtigten erfolgen dürfen, der vor dem Vollstreckungsgerichte selbst gar nicht auftreten darf, dann nemlich, wenn das von dem Prozeßgericht verschiedene Vollstreckungsgericht ein Landgericht und hier der Prozeßbevollmächtigte des Prozeßgerichts als Anwalt nicht zugelassen ist (s. z. B. §§. 690, 710 Abs. 2).

9) Durch Parteivereinbarung kann die in §§. 162, 163 statuirte Pflicht ausgeschlossen, jedoch wegen §. 79 Abs. 1 nicht bewirkt werden, daß die Zustellungen an die Partei statt an die Prozeßbevollmächtigten geschehen müssen.

10) Die Reihenfolge, welche §. 164 für die Zustellungen zum Behufe der Einlegnng eines Rechtsmittels enthält, ist insoferne obligatorisch, als die Nichtbeobachtung derselben die Anfechtung der Zustellung als ungültig gestattet. Dagegen ist m. E. Verzicht der interessirten Partei auf die Beobachtung des §. 164 und demgemäß auch Verlust des Rügerechts gemäß §. 267 nicht ausgeschlossen und zwar aus den sub Nr. 6 oben angeführten Gründen. (A. M. auch hier L. Seuffert a. a. O. §. 164 Nr. 3). Von der Vorschrift, die Zustellung an den für die höhere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten zu bethätigen, wird selten Gebrauch zu machen sein, da derjenige, gegen den das Rechtsmittel erhoben wird, vor der Zustellung des bezüglichen Schriftsatzes keine Veranlassung hat, schon einen Prozeßbevollmächtigten für die Rechtsmittelinstanz aufzustellen. Dagegen wird regelmäßig ein Prozeßbevollmächtigter der zunächst nachgeordneten Instanz vorhanden sein; unter der „zunächst nachgeordneten" Instanz ist nemlich nicht die erste Instanz zu verstehen; vor der zweiten Instanz findet

aber der Anwaltszwang in allen Fällen statt. Es wäre hier also der Mangel eines Prozeßbevollmächtigten nur in den Fällen denkbar, wo die Gegenpartei mit dem Antrage auf Erlassung eines Versäumungsurtheils oder mit ihrem materiellen Begehren trotz Nichterscheinens der andern Partei abgewiesen wurde (§§. 301, 474 Abs. 1). Auch ein Prozeßbevollmächtigter erster Instanz wird regelmäßig vorhanden sein, wenn man vom amtsgerichtlichen Prozeß und von den soeben erwähnten Fällen (§§. 301, 470 Abs. 1) absieht.

In Ermangelung eines jeden Prozeßbevollmächtigten geschieht die Zustellung an den Zustellungsbevollmächtigten der Gegenpartei, zunächst an den für die Rechtsmittelinstanz, dann an den für die nachgeordnete Instanz und zuletzt, d. h. in Ermangelung beider vorgenannter, an den für die erste Instanz bestellten. Erst in allerletzter Linie, wenn weder Prozeß- noch Zustellungsbevollmächtigte irgend einer Instanz vorhanden sind, geschieht die Zustellung an den Gegner und zwar unter der Voraussetzung des §. 160 durch Aufgabe zur Post. Diese Art der Zustellung ist sogar an den Prozeßbevollmächtigten zulässig, wenn er nicht im Rayon des §. 160 wohnt (s. o. Nr. 4). Nach §. 164 richtet sich auch die im §. 8 Abs. 2 des EG. zur CPO. vorgesehene Zustellung.

Ein in beiden Lesungen der Justizkommission gestellter Antrag, die Zustellung unter allen Umständen an die Partei selbst zu gestatten, wurde abgelehnt (Komm.-Prot. S. 58, 59, 529, 530).

---

§. 165. (§. 158 des Entw.)

Die Zustellungen können an jedem Orte erfolgen, wo die Person, welcher zugestellt werden soll, angetroffen wird.

Hat die Person an diesem Orte eine Wohnung oder ein Geschäftslokal, so ist die außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals an sie erfolgte Zustellung nur gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

§. 166. (§. 159 des Entw.)

Wird die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen, so kann die Zustellung in der Wohnung an einen zu der Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen oder an eine in der Familie dienende erwachsene Person erfolgen.

Wird eine solche Person nicht angetroffen, so kann die Zustellung an den in demselben Hause wohnenden Hauswirth oder

Vermiether erfolgen, wenn diese zur Annahme des Schriftstücks bereit sind.

§. 167. (§. 160 des Entw.)

Ist die Zustellung nach diesen Bestimmungen nicht ausführbar, so kann sie dadurch erfolgen, daß das zu übergebende Schriftstück auf der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts, in dessen Bezirke der Ort der Zustellung gelegen ist, oder an diesem Orte bei der Postanstalt oder dem Gemeindevorsteher oder dem Polizeivorsteher niedergelegt und die Niederlegung sowohl durch eine an der Thür der Wohnung zu befestigende schriftliche Anzeige, als auch, soweit thunlich, durch mündliche Mittheilung an zwei in der Nachbarschaft wohnende Personen bekannt gemacht wird.

§. 168. (§. 161 des Entw.)

Für Gewerbetreibende, welche ein besonderes Geschäftslokal haben, kann, wenn sie in dem Geschäftslokale nicht angetroffen werden, die Zustellung an einen darin anwesenden Gewerbegehülfen erfolgen.

Wird ein Rechtsanwalt, welchem zugestellt werden soll, in seinem Geschäftslokale nicht angetroffen, so kann die Zustellung an einen darin anwesenden Gehülfen oder Schreiber erfolgen.

§. 169. (§. 162 des Entw.)

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher einer Behörde, einer Gemeinde, einer Korporation oder eines Personenvereins, welchem zugestellt werden soll, in dem Geschäftslokale während der gewöhnlichen Geschäftsstunden nicht angetroffen, oder ist er an der Annahme verhindert, so kann die Zustellung an einen anderen in dem Geschäftslokale anwesenden Beamten oder Bediensteten bewirkt werden.

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher in seiner Wohnung nicht angetroffen, so finden die Bestimmungen der §§. 166, 167 nur Anwendung, wenn ein besonderes Geschäftslokal nicht vorhanden ist.

§. 170. (§. 163 des Entw.)

Wird die Annahme der Zustellung ohne gesetzlichen Grund

verweigert, so ist das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückzulassen.

§. 171. (§. 164 des Entw.)

An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen darf eine Zustellung, sofern sie nicht durch Aufgabe zur Post bewirkt wird, nur mit richterlicher Erlaubniß erfolgen.

Die Erlaubniß wird von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts ertheilt; sie kann auch von dem Amtsrichter, in dessen Bezirke die Zustellung erfolgen soll, und in Angelegenheiten, welche durch einen beauftragten oder ersuchten Richter zu erledigen sind, von diesem ertheilt werden.

Die Verfügung, durch welche die Erlaubniß ertheilt wird, ist bei der Zustellung abschriftlich mitzutheilen.

Eine Zustellung, bei welcher die Bestimmungen dieses Paragraphen nicht beobachtet sind, ist gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

Motive: „Womöglich soll jede Zustellung dem Adressaten „zu eigenen Händen" übergeben werden, natürlich zu angemessener Zeit und an passendem Orte. Zustellungen an Sonn- und Feiertagen (die es nach dem Rechte des Orts der Zustellung sind, vgl. nordd. Prot. I S. 361), sofern es sich nicht um bloße Aufgabe einer Postsendung handelt, bedürfen daher besonderer richterlicher Erlaubniß, wenn für den Adressaten eine Pflicht zu deren Annahme begründet werden soll (vgl. preuß. AGO. I, 7 §. 23, Proz.-Ordn. von Hannover §. 127, Oldenburg Art. 92 Nr. 1, Württemberg Art. 241, Bayern Art. 199, hannov. Entw. §. 164, hess. Entw. §. 234, nordd. Entw. §. 248). Die betreffende Verfügung ist nach freiem Ermessen des Gerichts, selbstverständlich nur in Ausnahmefällen, zu ertheilen und dem Adressaten mitzuzustellen; die Mittheilung des Gesuchs ist ohne Interesse. Zustellungen zur Nachtzeit unter gesetzlicher Normirung der Tageszeit generell auszuschließen (preuß. Entw. §. 156, hess. Entw. Art. 235, vgl. ähnlich Bayern Art. 199), erschien nicht angezeigt; die meisten Staaten haben materielle Gesetze zum Schutze der persönlichen Freiheit (vgl. u. A. preuß. Ges. v. 12. Februar 1850, Ges.-Samml. S. 45). Wo solche nicht bestehen, werden die nöthigen Anordnungen richtiger dem Reglement für die Gerichtsvollzieher überlassen bleiben.

„Der Ort der Zustellung ist vom Domizil des Requisiten (bad. Proz.-Ordn. §. 228 und Komm.-Ber. der II. Kammer dazu) und den sonstigen Momenten, welche etwa den Gerichtsstand für ihn an einem bestimmten

Orte begründen möchten, durchaus unabhängig; jeder in Deutschland belegene Ort (Stadt, Dorf zc.), wo der Adressat, auch wenn er Ausländer ist, sich antreffen läßt, ist ein gesetzlicher Zustellungsort (nordd. Entw. §. 242, preuß. Entw. §. 187). Innerhalb desselben kann er jedoch verlangen, daß ihm in seiner Wohnung (die er unter Umständen auch im Gasthofe haben wird) oder in seinem Geschäftslokale zugestellt werde. Stellt er dieses Verlangen nicht oder hat er an dem Zustellungsorte weder Wohnung noch Geschäftslokal, so kann ihm an jeder passenden [1]) Stelle, wo er angetroffen wird, zugestellt werden. Daß dazu Kirchen oder sonstige gottesdienstliche Gebäude nicht gehören, wird keiner besonderen Hervorhebung bedürfen (vgl. preuß. Entw. §. 155, hess. Entw. Art. 230). An Orten, wo der Adressat weder Wohnung noch Geschäftslokal hat, kann ihm nur persönlich zugestellt werden; von einer Zustellung an andere Personen als Surrogat der persönlichen Zustellung, von der sog. Ersatzzustellung, ist an solchen Orten keine Rede, auch wenn daselbst zufällig Familienangehörige des Adressaten bezw. andere der in den §§. 159—162 benannten Personen von dem Gerichtsvollzieher angetroffen würden (vgl. Mot. zum württemberg. Entw. Art. 227—237).

„Hat der Adressat an einem Orte Wohnung oder Geschäftslokal, so kommt es nicht darauf an, ob er daselbst angetroffen wird (oder sich antreffen läßt); es findet alsdann nach allen Gesetzgebungen Ersatzzustellung mit derselben Wirkung, als wäre dem Adressaten zu eigenen Händen insinuirt, statt. Der Entwurf regelt dieselbe in den §§. 159—163 und überläßt dabei dem vernünftigen Ermessen des Gerichtsvollziehers, ob im konkreten Falle von einer solchen Ersatzzustellung Gebrauch zu machen ist. Es kann in vicem adressati in der dort bestimmten Weise zugestellt werden; ob die betreffenden Personen thatsächlich annehmen bezw. weiter befördern, davon hängt die Wirksamkeit der Zustellung nicht ab, so wenig wie bei eigener Weigerung des Adressaten (§. 163) (vgl. preuß. Entw. §§. 163, 165, hess. Entw. Art. 232, Proz.-Ordn. v. Württemberg Art. 243, Oldenburg Art. 89 Nr. 3, nordd. Entw. §. 247); hat der Gerichtsvollzieher die Vorschriften der §§. 159—163 befolgt, so erwächst keinem Theile daraus ein Einwand gegen die Ersatzzustellung.

„Im Einzelnen ist noch zu bemerken:

„Der Grund, welcher die im §. 159 Abs. 1 Bezeichneten zu geeigneten Ersatzpersonen macht, liegt in ihrer Familienangehörigkeit; sie brauchen also nicht im Hause zu wohnen [2]), wie Württemberg Art. 239, han-

[1]) S. dagegen Bemerkung Nr. 1b zu §. 165.

[2]) S. dagegen Bemerkung Nr. 2a zu §. 166.

nov. Entw. §. 162, hess. Entw. Art. 231, verlangen, wenn sie nur in der Wohnung anwesend sind (vgl. preuß. AGO. I, 7 §. 20, preuß. Entw. §. 159, Oldenburg Art. 89 Nr. 2, Bayern Art. 196, nordd. Entw. §. 243, sächs. Entw. §. 171). Das Gleiche gilt rücksichtlich der im Verhältnisse eines Beamten, Bediensteten oder Gewerbegehülfen zum Adressaten stehenden Personen der §§. 161, 162. — Dagegen gibt in Betreff des Hauswirths oder Vermiethers (§. 159 Abs. 2) nur das Zusammenwohnen mit dem Adressaten die nöthige Garantie (preuß. Entw. §. 159, hess. Entw. Art. 231, nordd. Entw. §. 243).

„In Uebereinstimmung mit dem preuß. Entw. §. 160 hat der Entwurf (§. 160) die Anheftung des zuzustellenden Schriftstücks in origine an die Haus- oder Zimmerthür (vgl. preuß. AGO. I 7 §. 21, Oldenburg Art. 89 Nr. 4, hannov. Entw. §. 162, sächs. Entw. §. 172) als einen unsichern und bedenklichen Nothbehelf aufgegeben. Dagegen wird sich die Anheftung einer Anzeige an die Wohnungsthür in Verbindung mit der Niederlegung des Schriftstücks selbst bei einer Behörde und mit mündlicher Mittheilung an die Nachbarschaft empfehlen. Die größere Umständlichkeit fällt gegenüber der Wichtigkeit der Zustellungen nicht ins Gewicht (vgl. Hannover §. 122, Württemberg Art. 239, Baden §. 229, Bayern Art. 197, Code de proc. art. 4, 68, hess. Entw. Art. 231, nordd. Entw. §. 244, Reinhardt, preuß. Ges. Rev. Pens. IV Th. III Abth. I S. 88, 89). Auf das Geschäftslokal findet der §. 160 keine Anwendung [3]) (vgl. §. 162 Abs. 2).

„In den Fällen des §. 161 kann, wenn die dort geregelte Ersatzzustellung unausführbar ist, die Zustellung nach Vorschrift der §§. 159, 160 in der Wohnung des Adressaten bewirkt werden; in den Fällen des §. 162 aber nur dann, wenn kein besonderes Geschäftslokal vorhanden ist."

1) Zu §. 165:

a) Dieser und die folgenden Paragraphe sprechen ganz allgemein von der „Person", welcher zugestellt werden soll, dem Requisiten. Sie gelten daher nicht nur für die Partei, sondern auch für den Zustellungs-, General- oder Prozeßbevollmächtigten, an welchen die Zustellung geschehen kann, bezw. muß.

b) Während als Ort der Zustellung jeder Ort bezeichnet ist, an welchem der Requisit angetroffen wird, mit der in Abs. 2 enthaltenen Modifikation, spricht sich das Gesetz hier über die Zeit der Zustellung gar nicht aus. (Aber vgl. §§. 171, 681.) Die Motive berufen sich auf die Gesetze zum Schutze der persönlichen Freiheit bezw. auf die zu erlassenden Ge=

[3]) Vgl. zu §. 168 Nr. 4 d.

richtsvollzieherreglements. Allein wenn in solchen Vorschriften das Betreten der Wohnung oder des Geschäftslokals bei Nachtzeit verboten ist, so folgt daraus für eine Uebertretung des Verbots nicht die prozessuale Ungiltigkeit des Zustellungsaktes, sondern nur die Möglichkeit eines strafgerichtlichen oder disziplinären Einschreitens gegen den Zustellungsbeamten oder Requirenten. (Theilweise a. M. Lothar Seuffert, Kommentar zu §. 165 Nr. 1). Demnach ist prozessual die Zustellungszeit durchaus unbeschränkt, wie der Zustellungsort. Was die Motive bezüglich des letzteren in dem Sinne bemerken, daß darunter nur ein opportuner Ort zu denken sei, läßt sich mit der allgemeinen Fassung des Gesetzes nicht vereinigen.

c) Die Annahmeweigerung im Falle des §. 165 Abs. 2 muß in der Zustellungsurkunde nicht erwähnt sein, da sich die Vorschrift des §. 174 Ziff. 5 nur auf Zustellungen bezieht, deren Annahmeweigerung gesetzwidrig ist. Vielmehr hat der Zustellungsbeamte im Falle einer solchen Weigerung die Zustellung in der Wohnung oder im Geschäftslokale des Requisiten zu bethätigen, auch dann, wenn vorher schon diese Zustellung vergeblich versucht und von §. 167 noch kein Gebrauch gemacht worden war.

Würde der Zustellungsbeamte trotz der gemäß §. 165 Abs. 2 begründeten Annahmeweigerung die Zustellung als geschehen beurkunden, so wäre gegen solche Zustellungsurkunde Gegenbeweis zuläßig und nothwendig, um ihre Giltigkeit zu beseitigen (§. 380 Abs. 2).

Eine Annahmeverweigerung außer dem Falle des Abs. 2 wäre gesetzwidrig und würde Zustellung nach §. 170 zur Folge haben.

Ob der Requisit am Orte der Zustellung eine Wohnung oder ein Geschäftslokal habe, kann zweifelhaft sein und ist dann durch das richterliche Ermessen zu bestimmen. Ein vorübergehender Aufenthalt im Gasthofe, selbst wenn er mit Uebernachten verbunden ist, dürfte nicht ohne Weiteres die Annahme begründen, daß der Requisit im Gasthofe eine Wohnung habe. Ebensowenig wird beispielsweise das Vorhandensein eines Geschäftslokales anzunehmen sein, wenn der in Offenbach wohnende Kaufmann in einer Marktbude zur Frankfurter Messe sitzt und sich allabendlich nach Offenbach zurückbegibt.

2) Zu §. 166:

a) Die Fassung des Entwurfs (§. 159) ließ in Abs. 1 die Zustellung „an eine in der Wohnung anwesende, zu der Familie gehörige oder in der Familie dienende erwachsene Person" genügen, so daß die Motive (s. oben S. 493 Anm. 2) bemerken konnten, es sei nicht nothwendig, daß der betreffende Familienangehörige im Hause des Requisiten wohne. In Folge eines Antrags des Abg. Pfafferott wurde aber von der Justizkommission beschlossen, den Abs. 1 so zu fassen: „Wird die Person . . . . Wohnung anwesenden, zu der Familie gehörigen oder in der Familie dienenden erwach-

senen Hausgenossen erfolgen." Hiedurch sollte im Gegensatze zum Entwurf und den Motiven zur Giltigkeit der Ersatzzustellung erfordert werden, daß der Empfänger ein Hausgenosse sei, d. h. die Wohnung des Requisiten dauernd theile. Gleichzeitig war aber durch diese Fassung die Hausgenossenschaft als Erforderniß auch auf die in der Familie des Requisiten dienende Person ausgedehnt (Komm. Prot. S. 59). Dieß war jedoch nicht die Absicht der Kommission; sie wollte vielmehr die Zustellung an einen in der Wohnung anwesenden erwachsenen Diener auch dann wirksam erfolgen lassen, wenn derselbe nicht Hausgenosse sei. Deshalb nahm sie in zweiter Lesung einen Antrag des Abg. Dr. Bähr und Genossen an, welcher dem Abs. 1 seine jetzige Fassung gab (Komm. Prot. S. 530).

b) Voraussetzung der Ersatzzustellungen (§§. 166, 167) ist, daß Requisit in seiner Wohnung nicht angetroffen wird, m. a. W. daß er am Zustellungsorte eine Wohnung hat und in dieser nicht angetroffen wird. (S. oben Motive S. 493 Z. 19 ff. v. o.)

c) Der Hausgenosse, an welchen nach Abs. 1 der Ersatzzustellung erfolgen kann, muß zwei Eigenschaften haben: er muß zur Familie gehören und erwachsen sein. Ob das Eine und das Andere der Fall sei, ist Thatfrage. Familienangehörigkeit in civilrechtlichem Sinne oder civilrechtliche Großjährigkeit ist nicht zu erfordern. Nur wird ein Großjähriger nicht als unerwachsen erachtet werden dürfen. Als Familienangehörige wird man z. B. auch Pflegekinder, Cognaten der im civilrechtlichen Sinne Verschwägerten gelten lassen müssen; nicht dagegen diejenigen Personen, welche lediglich bei dem Requisiten zu Miethe wohnen (vgl. Wernz, Kommentar zur bayer. CPO. S. 210 Nr. 9). Aber selbst ein Verwandter wird nicht zur Empfangnahme der Zustellung berechtigt sein, wenn er nicht Hausgenosse ist, also z. B. nur vorübergehend und auf kurze Zeit zum Besuche bei dem Requisiten wohnt. (A. M. Puchelt, Kommentar Abth. I S. 441 Nr. 6.) Wer in der Familie des Requisiten dient, kann die Zustellung empfangen, ohne Hausgenosse zu sein; aber auch er darf nicht zu den Unerwachsenen gehören. Wann jemand in der Familie diene, ist Thatfrage. Auch hier aber, wie bei der Hausgenossenschaft, wird das Moment der Dauer von Bedeutung sein. Es werden daher Personen, welche nicht in festem Dienste stehen, sondern nur häufig bei dem Requisiten arbeiten, wie Taglöhner, Näherinnen 2c." (Wernz, Kommentar zur bayer. CPO. S. 211 Nr. 11 a. E.) nicht als Personen, die in der Familie dienen, zu betrachten sein. Auf der andern Seite geht der Begriff des in der Familie Dienenden nicht in dem Begriffe des Dienstboten der Familie auf. Derselbe umfaßt vielmehr „alle Personen, welche auf irgend eine Weise in ständigem Dienstverhältnisse zum Requisiten stehen, also . . . . auch die Bediensteten höherer

Art — Verwalter, Geschäftsführer, Hauslehrer, Buchhalter, Geschäftsgehilfen, Schreiber u. s. w." — (Wernz a. a. O. initio). Nicht erforderlich ist, daß der Zustellungsempfänger im Dienste des Requisiten selbst stehe, nur das Dienen in dessen Familie ist nothwendig.

Fraglich erscheint, ob ein Junggeselle oder eine ledige Person weiblichen Geschlechts zu ihrer Familie gehörige Hausgenossen oder in ihrer Familie dienende Personen haben können. Denn, wenngleich nicht der civilrechtliche Begriff der Familie in §. 166 gemeint ist, so setzt doch auch die Familie im allgemeineren Verstande ein auf der Ehe beruhendes Hauswesen voraus und Niemand wird z. B. einen Junggesellen, dem die Schwester die Wirthschaft führt, fragen, wie viel Häupter seine Familie zähle. Man wird trotzdem die aufgeworfene Frage nach der Intention des Gesetzes bejahen und so den Ausdruck Familie in einem Sinne nehmen müssen, der ihm auch im gemeinen Sprachgebrauche nicht innewohnt. Man muß sich immer vergegenwärtigen, daß das Gesetz „alle jene Personen umfassen wollte, welche in ständigem Verkehre mit dem Requisiten und in solchen Beziehungen zu ihm stehen, daß zu erwarten ist, es werde ihm durch dieselben die Zustellung sicher und schnell behändigt werden" (Wernz a. a. O. S. 210 Nr. 7).

Die in der Familie dienenden Personen gehören im Sinne des Gesetzes nicht selbst zur Familie; denn sie sind gerade von dieser unterschieden; darum wird auch eine Ersatzzustellung an Familienglieder oder das Familienhaupt für einen Dienstboten oder Dienenden nicht statthaft sein (cf. Wernz a. a. O. S. 211 Nr. 14).

d) Die Ersatzzustellung an eine der in Abs. 1 genannten Personen kann nur in der Wohnung des Requisiten geschehen, also nicht wie an den Requisiten selbst (§. 165 Abs. 1) an jedem Orte, wo er getroffen wird. Sollte daher der betreffende Familienangehörige oder Familiendiener außerhalb der Wohnung des Requisiten selbst zur Empfangnahme bereit sein, so wäre die Zustellung an ihn doch nicht wirksam für den Requisiten. Geschieht sie dagegen an ihn in der Wohnung des Requisiten, so hängt ihre Gültigkeit für den Requisiten nicht ab von der Empfangsbereitschaft des Familienangehörigen oder Dieners. Würde er die Annahme verweigern, so träte §. 170 in Wirksamkeit. (Anders im Falle des Abs. 2.) Der Umstand, daß die Zustellung nicht zur Kenntniß des Requisiten gelangt, macht dieselbe nicht ungültig. Doch wird im Falle des §. 211 Abs. 2 Restitution gewährt.

e) Geschieht die Ersatzzustellung an eine nach §. 166 Abs. 1 nicht qualifizirte Person, so ist sie trotz deren Empfangsbereitschaft ungültig.

f) Für die Giltigkeit der Ersatzzustellung nach Abs. 1 ist es gleich-

giltig, ob der Requisit ein Geschäftslokal hat, m. a. W. der Zustellungsbeamte ist in diesem Falle nicht gehalten, zuerst die Zustellung in dem Geschäftslokale zu versuchen. Ein dahinzielender Antrag des Abg. Dr. Wolffson wurde von der Justizkommission abgelehnt (Komm.-Prot. S. 59). Eine Ausnahme von diesem Satze enthält §. 169 Abs. 2.

g) Wenn eine nach Abs. 1 zur Empfangnahme geeignete Person in der Wohnung des Requisiten nicht angetroffen wird und nur in diesem Falle ist die Zustellung an den Hauswirth oder Vermiether des Requisiten zulässig, sofern diese zur Empfangnahme des zu übergebenden Schriftstückes bereit sind (s. o. d a. E.). Hier sagt das Gesetz zwar nicht ausdrücklich, daß die Zustellung in der Wohnung des Requisiten geschehen müsse, allein die Verbindung des Abs. 2 mit Abs. 1 ergibt von selbst diese Nothwendigkeit. Daß der Hauswirth oder Vermiether erwachsen sei, wird ebenfalls nicht ausdrücklich gefordert; allein man darf dieses Erforderniß wohl auch hier in dem Sinne aufstellen, daß der Empfänger die Fähigkeit der Beurtheilung haben muß, was die Zustellung bedeutet; denn das Gesetz will ja dem Requisiten durch den Empfänger die Zustellung vermitteln. (Wernz a. a. O. S. 211 Nr. 13.)

h) Sowohl die nach Abs. 1 wie die nach Abs. 2 geschehene Zustellung muß in der Zustellungsurkunde motivirt sein (§. 174 Ziff. 4).

i) Die Ersatzzustellung an eine ungeeignete Person oder in Ermangelung der gesetzlichen Voraussetzungen bleibt ungültig, selbst wenn das übergebene Schriftstück rechtzeitig an den Requisiten gelangt. Die Folge hievon zeigt sich darin insbesondere, daß der Requirent gegen den nicht erscheinenden Requisiten kein Versäumnißurtheil erwirken kann (§. 300 Ziff. 2). Einer Heilung der Ungültigkeit durch Verzicht oder Verlust des Rügerechts (§. 267), wenn der Requisit erschienen ist, steht nichts im Wege.

3) Zu §. 167:

a) Die Zustellungsart des §. 167 ist zulässig, wenn die Zustellung weder an die Person des Requisiten, noch an einen in §. 166 bezeichneten Ersatzmann desselben ausführbar ist. Die §§. 165, 166 sind unter „diesen Bestimmungen" des §. 167 zu verstehen.

b) Zwischen den verschiedenen in dem Paragraphen aufgezählten Niederlegungsplätzen hat der Zustellungsbeamte die Wahl. Er sollte — und dieß kann ihm durch landesgesetzliche Instruktionen zur Pflicht gemacht werden — freilich immer da die Niederlegung vornehmen, von wo aus der Requisit vermuthlich am raschesten und sichersten in den Besitz des niedergelegten Schriftstückes gelangt; allein die Nichtbeobachtung solcher Regeln ist niemals geeignet, die Giltigkeit der Zustellung in Frage zu stellen.

c) An der Wohnungsthüre des Requisiten anzuheften ist lediglich die

Bemerkung, daß die Niederlegung erfolgt sei; die Form dieser Bemerkung ist nicht vorgeschrieben. Ebenso hat sich die mündliche Mittheilung an zwei Nachbarn des Requisiten darauf zu beschränken. Schriftliche Mittheilung genügt, wenn mündliche Mittheilung thunlich war, nicht (A. M. L. Seuffert, Kommentar §. 167 IV, 4). Die Unterlassung der mündlichen Mittheilung an zwei Nachbarn, wo sie thunlich war, macht überhaupt die Zustellung nach §. 167 ungültig, wie mit L. Seuffert (a. a. O. Nr. 3) und gegen Struckmann-Koch (Kommentar §. 167 Nr. 1), sowie gegen Puchelt (Kommentar Abth. I S. 441 Nr. 6 a. E.) angenommen werden muß.

d) In welcher Reihenfolge Niederlegung, Anheftung und Mittheilung an zwei Nachbarn vor sich gehen, ist ohne Belang. Auch die Vornahme dieser Akte in ununterbrochenem Zusammenhange oder an dem gleichen Tage ist kein Erforderniß der Giltigkeit. Denn es kann unter Umständen gar nicht ausführbar sein, an demselben Tage in der Wohnung die Anheftung zu vollziehen, an welchem die Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei erfolgt; man denke z. B. daran, daß das betreffende Amtsgericht mehr als eine Tagreise von dem Wohnorte des Requisiten entfernt liegen mag, oder der Zustellungsbeamte die Niederlegung am späten Abend vollziehen muß, so daß er die mehrere Stunden entlegene Wohnung des Requisiten an demselben Tage nicht mehr erreichen kann oder will. (A. M. L. Seuffert a. a. O. §. 167 Nr. 6.)

e) Die systematische Stellung des §. 167 vor §. 168 zeigt, daß die Zustellung nach §. 167 unabhängig ist von dem vergeblichen Versuch einer Zustellung nach §. 168. Es bleibt vielmehr überhaupt gleichgiltig, ob Requisit ein Geschäftslokal hat oder nicht. Eine Ausnahme s. in §. 169 Abs. 2.

f) Die Niederlegung nach §. 167 begründet für diejenigen Stellen, bei denen sie erfolgte, keine Verpflichtung zur Beförderung des übergebenen Schriftstückes an den Requisiten. (Anders bayr. CPO. Art. 197 für die Gemeindevorsteher 2c.)

g) Die Niederlegung bei dem Gemeindevorstand ist auch dann zulässig, wenn derselbe als gesetzlicher Vertreter der Gemeinde an dem zwischen dem Requisiten und der Gemeinde schwebenden Rechtsstreite betheiligt erscheint. Die gegentheilige Meinung des obersten Gerichtshofes in Bayern (Sammlung von Entscheidungen in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses Band VI S. 280 ff. Nr. 108) dürfte doch zu weit über die Worte des Gesetzes (Art. 197 der bayr. CPO.) hinausgreifen. Diese Auffassung würde in ihrer Konsequenz dahin führen, daß alle Ersatzzustellungen ungültig seien, wobei der Ersatzmann selbst als Prozeßgegner des

Requisiten oder als der gesetzliche Vertreter seines Prozeßgegners betheiligt wäre. Und doch wäre es allzu gewagt, die Ersatzzustellung nach §. 166 Abs. 1 z. B. für ungültig zu erklären, wenn zwei zu derselben Familie gehörige Hausgenossen gegeneinander prozessiren und nun die Zustellung auf Betreiben des einen an diesen als Ersatzmann des andern erfolgte.

4) Zu §. 168:

a) Gewerbetreibende im Sinne dieses Paragraphen sind nicht blos solche, für welche die Reichsgewerbeordnung gilt. Auch Bergwerksunternehmer, Fischer, Aerzte, Apotheker, Inhaber von Privatlehranstalten, kurz alle jene, welche eines der in §. 6 der Gewerbeordnung von diesem Gesetze ausgenommenen Geschäfte betreiben, gehören hieher, soferne dasselbe nicht Staatsamt (Notariat) ist und hiedurch aus dem Kreis der Gewerbe ausscheidet. Der Betrieb der Rechtsanwaltschaft wird ohnehin in §. 168 gesondert berücksichtigt. Selbstverständlich sind auch Vollkaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches Gewerbetreibende. Der Grund, weßhalb Puchelt (a. a. O. Abth. I S. 441 Nr. 7) Zahnärzte nicht hieher zählen läßt, ist noch anzugeben.

b) Nur auf diejenigen Gewerbetreibenden findet §. 168 Anwendung, welche ein besonderes d. h. mit ihren Wohnungsräumen nicht identisches Geschäftslokal haben. Unter Umständen ist das Vorhandensein dieser Voraussetzung zweifelhaft und als quaestio facti nach richterlichem Ermessen festzustellen. So fragt sich, ob die Schuhmacher- oder Schneiderwerkstätte, in welcher der Meister mit Familie und Gesellen auch zu essen pflegt, als besonderes Geschäftslokal erachtet werden kann. Nicht kann dies zweifelhaft sein, wenn der Zahnarzt in dem Zimmer, wo er von 8—12 Uhr Vormittags operirt, auch dinirt und soupirt oder gar schläft.

c) An einen im Geschäftslokale anwesenden Gewerbsgehülfen ist die Ersatzzustellung möglich. Wer Gewerbsgehülfe sei, wird in der Regel keine Frage sein, wäre aber jedenfalls nach richterlichem Ermessen zu beantworten. Schlechthin Lehrlinge oder Fabrikarbeiter auszuschließen (L. Seuffert a. a. O. §. 168 Nr. 3), scheint mir unbegründet.

Hausgenossenschaft der Gewerbsgehülfen mit dem Requisiten ist nicht vorgeschrieben.

Nur auf selbstständige Gewerbetreibende findet §. 168 Abs. 1 Anwendung. Für einen Gewerbsgehülfen kann daher an den andern im Geschäftslokale des Meisters oder Prinzipals eine Ersatzzustellung nicht giltig bewirkt werden.

Der Ersatzmann muß bei Empfangnahme im Geschäftslokale anwesend sein. Dieß so strenge zu interpretiren, daß die Ersatzzustellung an den Gewerbsgehilfen, der dem Gerichtsvollzieher oder Postboten auf der Treppe

begegnet, für ungiltig gehalten wird, schiene mir der Intention des Gesetzes nicht zu entsprechen.

d) Die in den Motiven (s. o. S. 494 Z. 17 v. u.) enthaltene Bemerkung, daß der vorhergehende Paragraph auf das Geschäftslokal keine Anwendung finde, bedeutet, daß die Ersatzzustellung gemäß §. 167 nicht zulässig ist, wenn die Zustellung im Geschäftslokale gemäß §. 168 unausführbar erscheint, daher muß in diesem Falle zuerst Zustellung nach §. 165 eventuell §. 166 in der Wohnung versucht werden, ehe zur Zustellung nach §. 167 geschritten werden darf. Uebrigens hat der Zustellungsbeamte die Wahl, ob er zuerst in der Wohnung oder im Geschäftslokale und dann, ob er nach §. 166 bezw. 167 oder nach §. 168 zustellen will.

e) Die Ersatzzustellung an den Schreiber oder Gehilfen des Rechtsanwalts (§. 168 Abs. 2) erfordert nicht, daß das Geschäftslokal ein „besonderes" sei.

5) Zu §. 169:

a) Das Gesetz geht davon aus, daß die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter oder Vorsteher einer Behörde, Gemeinde 2c. zunächst nach §. 165 geschehen wird, insbesondere also in der Wohnung desselben geschehen kann. (Anders bayr. CPO. Art. 198 für Zustellungen an die Staatsanwaltschaft und die Militärkommandanten.) Demgemäß ist auch die Zustellung im Geschäftslokale gestattet. Wird Requisit jedoch während der gewöhnlichen Geschäftsstunden hier nicht angetroffen, oder ist er zu dieser Zeit an der Annahme verhindert, so ist Ersatzzustellung an die in Abs. 1 genannten Personen nachgelassen. Erfolgt dagegen die Zustellung außerhalb der gewöhnlichen Geschäftsstunden, so kann die Ersatzzustellung nach Abs. 1 nicht stattfinden.

b) Wird an den gesetzlichen Vertreter oder Vorsteher einer Behörde 2c. nicht im Geschäftslokale, sondern in der Wohnung die Zustellung versucht, derselbe aber hier nicht angetroffen, so kann ausnahmsweise nicht zur Ersatzzustellung nach §§. 166, 167 geschritten werden, wenn ein „besonderes" Geschäftslokal des Requisiten existirt. Wenn daher in solchem Falle auch im Geschäftslokale die Zustellung nicht ausführbar ist, so muß dieselbe zu einer andern Zeit in demselben oder in der Wohnung wiederholt versucht werden. Würde dennoch nach §. 166 oder 167 zugestellt, so wäre diese Zustellung mit einer nach §. 267 heilbaren Ungültigkeit behaftet.

c) Ueber Gemeinden, Korporationen 2c. s. oben zu §. 19.

6) Zu §. 170.

a) Die Vorschrift dieses Paragraphen lautet ganz allgemein; sie gilt daher sowohl für die Weigerung des Requisiten selbst, wie für die des Ersatzmannes bei Zustellungen nach §§. 166, 169.

b) Nur wenn kein gesetzlicher Grund zur Annahmeverweigerung besteht, gilt §. 170.

Ein gesetzlicher Grund hiezu besteht aber in folgenden Fällen:

α) Für den Requisiten selbst, wenn er am Zustellungsorte Wohnung oder Geschäftslokal hat und ihm außerhalb derselben zugestellt werden will. (§. 165 Abs. 2). Nicht so, wenn an ungelegenem Orte oder zur Nachtzeit zugestellt wird. (S. o. zu §. 165 Nr. 1 b.)

β) Für den Ersatzmann bei Ersatzzustellungen, wenn die Ersatzzustellung nach §. 166—169 nicht statthaft erscheint, z. B. wenn einem Familienangehörigen des Requisiten zugestellt wird, der nicht dessen Hausgenosse ist, oder wenn einem solchen, der Hausgenosse ist, nicht in der Wohnung des Requisiten zugestellt wird. Ferner wenn die Zulässigkeit der Ersatzzustellung von der Empfangsbereitschaft des Ersatzmanns abhängig ist (§. 166 Abs. 2).

γ) Für Beide, wenn an Sonn- oder allgemeinen Feiertagen die Zustellung ohne richterliche Erlaubniß oder ohne Zustellung einer Abschrift derselbe versucht wird (§. 171).

Wo in concreto die Zustellung an die Partei geschieht, während sie an den Prozeßbevollmächtigten zu geschehen hätte (§. 162), ist zwar ein gesetzlicher Weigerungsgrund nicht gegeben, allein die Zustellung ist jedenfalls ungültig und darum die Weigerung unschädlich.

c) Geschieht die Weigerung ohne gesetzlichen Grund, so ist dieselbe — nicht aber das Motiv der Weigerung — in der Zustellungsurkunde zu konstatiren (§. 174 Ziff. 5).

d) Zustellungen in Gemäßheit des §. 170 ungeachtet eines gesetzlichen Weigerungsgrundes sind keine rechtsförmlichen Zustellungen und darum nichtig, jedoch mit der Maßgabe des §. 267.

e) Eine besondere Form der Zurücklassung des zu übergebenden Schriftstückes im Falle des §. 170 ist nicht vorgeschrieben. Es kann also unter Umständen zur Erde geworfen werden. —

7) Zu §. 171:

a) Der Begriff des allgemeinen Feiertags bestimmt sich, nachdem ein Antrag des Abg. Gaupp zu §. 164 des Entwurfs eines GVG. abgelehnt wurde, wonach durch kaiserliche Verordnung die für die Gerichte geltenden Feiertage festgestellt werden sollten (Komm.-Prot. z. GVG. S. 67, 68) durch das am Zustellungsort geltende Recht, da die Unzulässigkeit der Zustellung an allgemeinen Feiertagen im Interesse des Requisiten angeordnet ist. Auch politische Feiertage sind unter Abs. 1 zu subsumiren (vgl. Struckmann-Koch Kommentar §. 171 Nr. 1 und die dort cit. Entscheidung des Obertribunals in Berlin und Striethorst, Archiv f. Rechtsf. Bd. 27 S. 247).

b) Die Zustellung an Sonn- und Feiertagen ist ausnahmsweise zulässig:

α) wenn sie gemäß Abs. 2 vom Richter gestattet wird,

β) wenn sie durch Aufgabe zur Post geschieht (Abs. 1 vgl. oben zu §§. 160, 161 Nr. 6).

c) Erfolgt die Zustellung durch die Post (§. 176), so findet §. 171 nur auf den Zustellungsakt durch den Postboten des Bestimmungsortes, nicht auf die Thätigkeit des Gerichtsvollziehers am Aufgabeort (§. 177) Anwendung.

d) Die Ertheilung der richterlichen Erlaubniß kann nicht erzwungen werden. Sie steht in freiem richterlichen Ermessen.

e) Die abschriftliche Mittheilung der Erlaubniß nach Abs. 3 geschieht, weil bei der Zustellung, nach den Regeln der Zustellung (vgl. o. §§. 162 ff. Nr. 5).

f) Aus Abs. 4 ergibt sich a fortiori, daß auch die ungültige Zustellung an Sonn- und Feiertagen nur eine nach §. 267 Abs. 1 heilbare Ungültigkeit enthält.

g) Die Erlaubniß zur Zustellung an Sonn- und Feiertagen wird prinzipiell vom Vorsitzenden des Prozeßgerichts ertheilt. Prozeßgericht ist dasjenige Gericht, bei welchem der Prozeß, in dem die Zustellung geschieht, schon anhängig ist, oder bei dem er durch die Zustellung anhängig gemacht werden soll (vgl. o. zu §. 109 Nr. 2 S. 370). Dieser ist zur Ertheilung der Erlaubniß auch in den Angelegenheiten zuständig, welche durch einen beauftragten oder ersuchten Richter zu erledigen sind. Solche Angelegenheiten sind nach der CPO. die Fälle der §§. 313 ff., 326, 327, 330, 579 Abs. 2, 598 Abs. 2. Neben dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts steht mit gleicher Kompetenz der Amtsrichter des Zustellungsbezirkes.

8) Die Bestimmungen der §. 165—170 gelten ebensowohl für die Zustellungen durch den Postboten, wie für die durch den Gerichtsvollzieher (§. 178). Aber auch die Vorschrift des §. 171 gilt für den Postboten. (arg. Abs. 1).

---

§. 172. (§. 165 des Entw.)

Ist bei einer Zustellung an den Vertreter mehrerer Betheiligter oder an einen von mehreren Vertretern die Uebergabe der Ausfertigung oder Abschrift eines Schriftstücks erforderlich, so genügt die Uebergabe nur einer Ausfertigung oder Abschrift.

Einem Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Betheiligter sind so viele Ausfertigungen oder Abschriften zu übergeben, als Betheiligte vorhanden sind.

1) „Vertreter" im Sinne des Abs. 1 ist nicht etwa blos der gesetzliche, sondern auch der bevollmächtigte Vertreter, ja sogar der nach §. 85 zugelassene unbevollmächtigte Geschäftsführer. (Vgl. Motive zu §. 203 des Entw. = §. 210 a. E.)

2) In Abs. 1 sind folgende Fälle unterschieden:

a) Mehrere Parteien haben einen Vertreter.

b) Eine Partei hat mehrere Vertreter.

Soll nun eine Zustellung in diesen beiden Fällen erfolgen, so genügt die Uebergabe eines Exemplares des bei der Zustellung zu übergebenden Schriftstückes und zwar im Falle sub b die Uebergabe an einen der mehreren Vertreter (vgl. §. 80).

3) Zufolge der Bestimmung in Abs. 2 verbunden mit §. 173 Abs. 3 ist zwar dem Zustellungsbeamten bei der Zustellung an einen Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Betheiligter nur die Anfertigung eines Originals der Zustellungsurkunde zur Pflicht gemacht, dagegen muß er so viele Abschriften der Zustellungsurkunde übergeben, als der Zustellungsbevollmächtigte Betheiligte vertritt. —

---

§. 173. (§. 166 des Entw.)

Ueber die Zustellung ist eine Urkunde aufzunehmen.

Dieselbe ist auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Eine durch den Gerichtsvollzieher beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde ist auf das bei der Zustellung zu übergebende Schriftstück oder auf einen mit demselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Die Zustellungsurkunde ist der Partei, für welche die Zustellung erfolgt, wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, dem Gerichtsschreiber zu übermitteln.

§. 174. (§. 167 des Entw.)

Die Zustellungsurkunde muß enthalten:

1) Ort und Zeit der Zustellung;

2) die Bezeichnung der Person, für welche zugestellt werden soll; wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, das Gericht, von welchem die Anordnung ausgeht;

3) die Bezeichnung der Person, an welche zugestellt werden soll;

4) die Bezeichnung der Person, welcher zugestellt ist; in den Fällen der §§. 166, 168, 169 die Angabe des Grundes, durch welchen die Zustellung an die bezeichnete Person gerechtfertigt wird; wenn nach §. 167 verfahren ist, die Bemerkung, wie die darin enthaltenen Vorschriften befolgt sind;
5) im Falle der Verweigerung der Annahme die Erwähnung, daß die Annahme verweigert und das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückgelassen ist;
6) die Bemerkung, daß eine Ausfertigung oder eine Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks und daß eine Abschrift der Zustellungsurkunde übergeben ist;
7) die Unterschrift des die Zustellung vollziehenden Beamten.

§. 175. (§. 168 des Entw.)

Ist die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§. 161) erfolgt, so muß die Zustellungsurkunde den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen unter Nr. 2, 3, 7 entsprechen und außerdem ergeben, zu welcher Zeit, unter welcher Adresse und bei welcher Postanstalt die Aufgabe geschehen ist.

Motive: „Die §§. 166—168 betreffen den Zustellungsakt selbst.

„Das Original der Zustellungsurkunde erhält der Auftraggeber zurück und zwar zur Vermeidung von Umwegen und Verzögerungen stets direkt vom Gerichtsvollzieher, sollte auch der Auftrag durch Vermittelung des Gerichtsschreibers ergangen sein (§. 166 Abs. 5). Unter die Requisite der Zustellungsurkunde ist die Unterschrift des Empfängers (preuß. AGO. I 7 §§. 38, 39, Württemberg Art. 242) nicht aufgenommen, denn der Akt des Gerichtsvollziehers ist eine Handlung publici juris, seine Registratur hat öffentlichen Glauben und bedarf keiner Bekräftigung durch den Empfänger (vgl. §. 173 Abs. 2).

„Daß die Zustellungsurkunde eine öffentliche ist und als solche beweist (§§. 367 ff.), daß ferner mangelhafte Zustellungsurkunden rücksichtlich ihrer Beweiskraft vom Richter frei zu würdigen sind (§§. 249, 371), bedarf keines Ausspruchs (vgl. hannov. Prot. I S. 276).

„Die Partei, welche der mangelhaften Zustellung nachkommt, wird den Mangel rechtzeitig (§. 257) zu rügen haben (vgl. preuß. Entw. §. 173).

„Verschiedene Gesetzesarbeiten haben die besondere Vorschrift, daß, wenn die Urschrift und die Abschrift der Zustellungsurkunde abweichen, zu Gun=

sten des Requisiten der Inhalt der Abschrift maßgebend sein soll (vgl. Bayern Art. 204, preuß. Entw. §. 171, hannov. Entw. §. 166, hess. Entw. Art. 237, österr. Entw. §. 175). Wird die zuzustellende Abschrift beglaubigt (§. 166 Abs. 3), so wird der Fall kein sehr praktischer genannt werden können; im Uebrigen ist er selbstverständlich in gleichem Sinne zu entscheiden, denn für den Requisiten bildet die ihm zugestellte Abschrift eben das Original.

„Die Aufbewahrung der Zustellungsurkunde kann füglich den Parteien selbst überlassen werden; ist aus irgend einem Grunde dem Gerichte der Nachweis der Zustellung zu liefern, so hat die betreffende Partei die in ihren Händen befindliche Zustellungsurkunde dem Gerichte vorzulegen."

1) Zu §. 173:

a) Die Fassung des §. 166 des Entwurfs weicht mehrfach von der des §. 173 ab. Jener §. 166 enthielt 5 Alineas. Das erste und zweite stimmt mit dem ersten und zweiten des §. 173 überein; im dritten Alinea ist zum Theil das enthalten, was jetzt §. 156 Abs. 1 und 2 bestimmen. Alinea 4 ist jetzt in Alinea 3 des §. 173 aufgenommen und in Alinea 5, welches Alinea 4 des §. 173 entspricht, fehlt der Satz dieses letzteren von: „wenn" bis „Gerichtsschreiber". (Vgl. Komm.-Prot. S. 530 und oben zu §§. 155, 156 Nr. 3.)

b) Die Vorschriften dieses Paragraphen sind zwar ganz allgemein gefaßt, jedoch nicht auf alle Zustellungen anwendbar. Sie sind dieß nicht auf die Zustellungen durch die Post. Hiefür gelten die besonderen Normen der §§. 177 ff. (Vgl. auch §. 181). Ferner sind sie nicht durchweg anwendbar auf die Zustellung von Ausfertigungen. Da hiebei nemlich das Original selbst übergeben wird (vgl. o. zu §§. 155, 156 Nr. 4), so kann im Hinblick auf Abs. 4 des §. 173 die Zustellungsurkunde in originali nicht mit der zu übergebenden Ausfertigung äußerlich verbunden werden. Es bleibt in diesem Falle gar nichts Anderes übrig, als eine ganz selbstständige Zustellungsurkunde aufzunehmen.

c) Die Abschrift der Zustellungsurkunde ist auch bei Zustellung einer Ausfertigung mit dem zu übergebenden Schriftstück nach Abs. 3 zu verbinden.

d) Die Folge der Nichtbeachtung des Abs. 4 kann nicht in Ungültigkeit der Zustellung bestehen; denn diese ist schon vollendet. Sehr wichtig erscheint aber die Frage, ob die Nichtbeachtung einen Restitutionsgrund bildet. Will z. B. der betreibende Theil gegen ein Urtheil erster Instanz Berufung einlegen, so muß er dieß innerhalb der Nothfrist von einem Monat, die mit der Zustellung des Urtheils beginnt (§. 477). Hat er nun

von dem Gerichtsvollzieher die Zustellungsurkunde nicht eingehändigt erhalten und ist er deßhalb der Meinung, die Zustellung sei noch nicht erfolgt, so hat er nach Ablauf eines Monats die Berufung an sich verloren. Kann er nun gemäß §. 211 Abs. 1 Restitution beantragen? Es wird zu antworten sein, daß das Gericht nach den Umständen zu entscheiden hat, ob hier ein unabwendbarer Zufall vorliegt oder nicht. (Vgl. zu §. 211.)

2) Zu §. 174:

a) Die Angabe des Zustellungsortes ist aus zwei Gesichtspunkten ein nothwendiges Erforderniß der Zustellungsurkunde: einmal weil daraus ersichtlich ist, ob der Zustellungsbeamte innerhalb seiner örtlichen Kompetenz gehandelt hat (vgl. oben zu §. 152 Nr. 1 gegen Ende); sodann um deßwillen, weil darnach beurtheilt werden muß, ob die Zustellung in Gemäßheit der §. 165—169 gesetzmäßig erfolgte. Hieraus ergibt sich zugleich, daß als Ort der Zustellung nicht blos das größere Gebiet, innerhalb dessen sich der Requisit oder dessen Ersatzmann mit anderen Personen befindet, gemeint ist, sondern der Raum, auf dem der Zustellungsakt selbst vor sich geht, d. h. nicht blos etwa die Stadt, das Dorf 2c., wo der Requisit oder sein Ersatzmann sich aufhält, sondern auch die Wohnung, das Geschäftslokal, in welchem das zuzustellende Schriftstück als Ausfertigung oder Abschrift übergeben wird. Würde z. B. dem Requisiten auf der Straße in X zugestellt, während er in X eine Wohnung oder ein Geschäftslokal hat und würde die Zustellung von ihm verweigert, so ließe sich aus der Urkunde deren Ungiltigkeit nicht beurtheilen, wenn sie über den Zustellungsort nur die Angabe enthielte, daß in X zugestellt worden sei (§. 165). Diese Angabe würde auch im Falle des §. 166 Abs. 1 nicht genügen, da dem zur Familie gehörigen Hausgenossen anstatt des Requisiten nur in der Wohnung zugestellt werden darf. Die Zeit der Zustellung ist genügend bezeichnet durch Angabe des Jahres, Monats und Tages der Zustellung, wo nicht auf den kürzeren Zeitabschnitt etwas ankommt, wie z. B. bei Forderungspfändungen — (§§. 730, 709 Abs. 3).

b) Die Person, für welche zugestellt werden soll, ist die, auf deren Betrieb zugestellt werden soll, — der Requirent. Die Art ihrer Bezeichnung schreibt das Gesetz nicht vor. Doch wird vernünftiger Weise eine Bezeichnung erfordert werden müssen, welche über die Identität des Requirenten keinen Zweifel läßt — also die Bezeichnung nach Vor- und Familiennamen, Stand oder Gewerbe und Wohnort, wie es die bayerische CPO. Art. 202 Ziff. 2 ausdrückt. Der Requirent ist nicht nothwendig identisch mit der Partei, in deren Interesse die Zustellung erfolgt. Requirent ist z. B. bei Prozeßunfähigkeit der Partei ihr gesetzlicher Vertreter, im Anwaltsprozesse der prozeßbevollmächtigte Anwalt (§. 74). Zur Bezeichnung

solcher Requirenten ist nothwendig, daß ihre Eigenschaft als Vertreter bezw. Prozeßbevollmächtigte angegeben wird. Die bayerische CPO. Art. 202 Ziff. 2 und Abs. 3 hat dieß ausdrücklich angeordnet. Eine konstante Praxis des bayerischen obersten Gerichtshofes hat denn auch Zustellungen, welche in dieser Beziehung an einem wesentlichen Mangel litten, für ungültig erklärt. So die Zustellung auf Betreiben einer juristischen Person überhaupt ohne Bezeichnung des gesetzlichen Vertreters derselben (Sammlung von Entscheidungen in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses Band IV S. 189), die Zustellung auf Betreiben einer „Kirchenstiftung", einer „Distriktsgemeinde", einer „Schulsprengelvertretung", einer „Aktiengesellschaft" ohne Angabe der Person oder der Behörde, welchen die gesetzliche Vertretung obliegt (Sammlung a. a. O. Bd. IV S. 193, VI 262 ff., 265 f., 266 ff.). Anderseits erachtet es die Praxis desselben Gerichtshofs nicht für nothwendig, die Vertretung einer Korporation in der Zustellungsurkunde anzugeben, wenn schon die sämmtlichen stimmberechtigten Mitglieder derselben als Requirenten bezeichnet sind (Sammlung Bd. III S. 266). Ebensowenig soll nach dieser Praxis die Bezeichnung der einzelnen Mitglieder einer als Kollegium konstituirten gesetzlichen Vertretung erfordert werden (Sammlung Bd. V S. 338 ff., VI S. 487). Dieß trifft im Allgemeinen auch noch gegenüber dem Wortlaute des §. 174 zu: nur verlangt dieser noch weiter, daß als Requirent eine physische Person bezeichnet wird, soferne nicht eine Offizialzustellung auf Betreiben des Gerichts in Frage steht. Daß nemlich unter „Person" in §. 174 Ziff. 2 nur eine physische Person gemeint sei, muß daraus gefolgert werden, daß dasselbe Wort in demselben Paragraphen nicht wohl in verschiedenem Sinne mehrmals gebraucht sein wollte. Die „Person, an welche zugestellt ist" (Ziff. 4) aber kann nur eine physische Person sein, da man einer juristischen Person kein Schriftstück im körperlichen Sinne zu übergeben vermag. Demgemäß wird auch in den Fällen, wo als Vertretung einer juristischen Person ein Kollegium erscheint und dieses Kollegium eine Zustellung ohne Anwalt betreibt, entweder die Bezeichnung sämmtlicher Mitglieder oder die Angabe der physischen Person nothwendig werden, welche im Namen des Kollegium zu handeln befugt ist. Beispielsweise würde eine Zustellung im Interesse des bayerischen Staatsfiskus nicht formgültig beurkundet sein mit den Worten. „Auf Betreiben der kgl. Regierung von Oberbayern, Kammer der Finanzen als gesetzliche Vertreterin des kgl. Fiskus", sondern es müßte m. E. gesagt sein: „auf Betreiben des kgl. Regierungspräsidenten X als Vorstandes der kgl. Regierung von Oberbayern Kammer der Finanzen Namens des kgl. bayerischen Fiskus." Es wird demnach auch die Bezeichnung einer Handelsfirma als Requirenten nicht genügen, sondern in diesem Falle der Inhaber der

Firma oder einer der Inhaber als Vertreter derselben genannt werden müssen.

Ueber die Zustellungen von Amtswegen s. o. zu §§. 155, 156 Nr. 4.

c) Die Person, an welche zugestellt werden soll, der Requisit, muß nach dem unter b Ausgeführten ebenfalls eine physische Person sein, ebenso wie die Person, welcher thatsächlich zugestellt ist, nur eine physische Person sein kann. Daß die letztere von der ersteren verschieden sein kann, zeigen die §§. 166—169. Wo diese Verschiedenheit besteht, muß die Zustellungsurkunde die Angabe der gesetzlichen Gründe enthalten, aus denen nicht an den Requisiten selbst zugestellt wird, d. h. im Falle des §. 166 Abs. 1, daß Requisit in seiner Wohnung nicht angetroffen wurde und daß der Zustellungsempfänger ein zur Familie des Requisiten gehöriger erwachsener Hausgenosse oder eine in der Familie des Requisiten dienende Person sei; im Falle des §. 166 Abs. 2, daß weder der Requisit noch eine der genannten Personen in der Wohnung anzutreffen war und daß der Zustellungsempfänger der in demselben Hause mit dem Requisiten wohnende Hauswirth oder Vermiether des Requisiten ist, der sich zur Empfangnahme der Zustellung bereit erklärte; im Falle des §. 168 ist zu konstatiren, daß Requisit ein besonderes Geschäftslokal oder doch ein Geschäftslokal (Abs. 2) hat und daß er dort nicht getroffen worden ist; im Falle des §. 169 Abs. 1, daß Requisit während der gewöhnlichen Geschäftsstunden in seinem Geschäftslokale nicht angetroffen wurde oder an der Empfangnahme der Zustellung verhindert war. Im Falle des §. 167 ist nicht blos der Grund anzugeben, nach welchem sich die Zustellung durch Niederlegung rechtfertigt, sondern auch die Befolgung der Niederlegungs-, Anheftungs- und Mittheilungsvorschriften zu vermerken. Zwar enthält §. 174 Ziff. 4 die Vorschrift der Angabe des rechtfertigenden Grundes nur für die Fälle der §§. 166, 168 und 169, allein da zu den in §. 167 enthaltenen Vorschriften auch die gehört, daß die Zustellung durch Niederlegung nur dann geschehen dürfe, wann die Zustellung nach §§. 165, 166 nicht ausführbar ist, so muß auch die Beobachtung dieser Vorschrift, die zugleich Rechtfertigungsgrund ist, mit angeführt werden.

Soll dem gesetzlichen Vertreter oder dem Vorsteher einer Behörde, Gemeinde, Korporation oder eines Personenvereins nach §§. 166, 167 zugestellt werden, so muß die Zustellungsurkunde noch die Konstatirung enthalten, daß ein besonderes Geschäftslokal nicht vorhanden sei (§. 169 Abs. 2).

d) Die Vorschrift der Ziff. 5 bezieht sich nur auf Fälle, in welchen die Annahme der Zustellung ohne gesetzlichen Grund verweigert wird (vgl. §. 170 oben S. 502 Nr. 6 b, c). Erfolgt die Weigerung der Annahme

aus einem gesetzlichen Grunde, so kann die Zustellung giltig gar nicht durch Zurücklassung des zu übergebenden Schriftstückes am Orte der Zustellung geschehen.

e) Die in Ziffer 6 vorgeschriebene Bemerkung kann bei Zustellungen regelmäßiger Art sich darauf beschränken, daß das „vorstehende" oder das „beigeheftete" Schriftstück sowie die „gegenwärtige" Urkunde in Abschrift übergeben worden seien (vgl. §. 173 Abs. 2). Wo ausnahmsweise eine Ausfertigung zuzustellen ist (vgl. oben zu §§. 155, 156 Nr. 4), genügt diese einfache Bezugnahme nicht, weil hier §. 173 Abs. 2 nicht zur Anwendung kommt. Hier muß das zuzustellende Schriftstück in der Zustellungsurkunde daher nach seinem Inhalte bezeichnet werden.

f) Die Unterschrift des Zustellungsempfängers findet sich nur als Requisit der Zustellung von Anwalt zu Anwalt (§. 181).

g) Außer den in §. 174 angeführten Punkten hat die Zustellungsurkunde über Zustellung des Pfändungsbeschlusses einer Geldforderung an den Drittschuldner die Aufforderung zur Erklärung über die in §. 739 Ziff. 1—3 bezeichneten Fragen zu enthalten (§. 739 Abs. 2). Nichts gemein haben die in §. 682 angeordneten Protokolle der Gerichtsvollzieher mit den Zustellungsurkunden.

3) Zu §. 175:

a) Die Bestimmung unter Ziff. 1 des §. 174 wird bei Zustellung durch Aufgabe zur Post durch den letzten Satz des §. 175 ersetzt. Die Angabe der Adresse soll den Nachweis liefern, daß die örtlichen Voraussetzungen der Zustellung durch Aufgabe zur Post vorhanden sind. Würde z. B. so zugestellt werden unter der Adresse einer im Amtsgerichtsbezirke des Prozeßgerichts wohnenden Partei (§. 160 Abs. 1), so ergäbe sich aus der Zustellungsurkunde selbst die Unzulässigkeit der Zustellungsart. Im Uebrigen bedarf es einer Angabe der Gründe, welche diese Zustellungsart rechtfertigen, nicht. Die Angabe der Postanstalt, wo die Sendung aufgegeben ist, kommt der Angabe des Zustellungsempfängers bei anderen Zustellungen (§. 174 Ziff. 4) gleich, da der Requirent diese Postanstalt als Zustellungsbevollmächtigten des Requisiten behandeln darf.

Eine Verweigerung der Annahme ist nicht wohl denkbar, würde aber, wenn sie vorkäme, nur Beschwerde gegen die Postanstalt ermöglichen.

b) Die Bestimmungen des §. 173 Abs. 2 finden auch auf die Zustellung durch Aufgabe zur Post Anwendung.

c) Ist die Postsendung nach §. 161 Abs. 2 behandelt, so wird der Zustellungsbeamte den bezüglichen Postschein mit der Zustellungsurkunde der Partei, die ihn beauftragt hat, übergeben. Nothwendig ist dieß jedoch nicht (a. M. ohne Grundangabe L. Seuffert, Kommentar §. 175 Nr. 3).

4) Gegenüber den kategorischen Vorschriften der §§. 173—175 erhebt sich die Frage, welche Folgen die Nichtbeobachtung der einen oder der anderen dieser Vorschriften nach sich zieht. Die Motive (s. o. S. 505 Z. 8 v. u.) deuten die Antwort an, daß eine mangelhafte Zustellungsurkunde in ihrer Beweiskraft beeinträchtigt ist (§. 259 und §. 384), nicht aber Ungültigkeit der Zustellung bewirkt. Die Zustellung ist ein von Errichtung der Zustellungsurkunde völlig getrennt zu beurtheilender Akt, der, wenn er durch ein kompetentes Organ und in der §. 156 Abs. 1 vorgeschriebenen Form geschieht, an sich giltig vollendet ist. (Im Resultate übereinstimmend Puchelt, Kommentar I. Abth. S. 447; Uebel, Kommentar I. Theil S. 171 Nr. 4. Dagegen Lothar Seuffert, Kommentar zu §. 174 Nr. 7.) Jedenfalls wird das Rügerecht gegen einen Mangel in der Zustellungsurkunde durch Versäumniß der Rüge gemäß §. 267 Abs. 1 ausgeschlossen.

5) Die äußere Erscheinung von Zustellungsurkunden gemäß §§. 174, 175 dürfte sich durch nachstehende Formulare veranschaulichen lassen:

I. Zustellungsurkunden nach §. 174:

A. Heute, den 12. Mai 1880 habe ich auf Betreiben des Bankiers Rudolf Arnheim in Burgstadt (oder: auf Betreiben des kgl. Landgerichts Burgstadt) dem Privatier Theodor Goldfuchs in Burgstadt in seiner Wohnung, woselbst ich ihn persönlich antraf, beiliegendes Urtheil durch Uebergabe einer beglaubigten Abschrift zugestellt (oder: eine Vorladung zum Zeugenvernehmungstermin vom 2. Juni 1880 in Sachen Maier gegen Huber durch Uebergabe einer Ausfertigung der Ladungsurkunde zugestellt). Zugleich habe ich dem obengenannten Requisiten Abschrift der gegenwärtigen Urkunde übergeben.

Philipp Hurtig, kgl. Gerichtsvollzieher.

B. Heute, den 12. Mai 1880 habe ich auf Betreiben des Bankiers Rudolf Arnheim in Burgstadt die Zustellung des beigehefteten Urtheils an den Privatier Theodor Goldfuchs in Burgstadt, da ich denselben in seiner Wohnung zu Burgstadt nicht antraf, dadurch bethätigt, daß ich Abschrift beigehefteten Urtheils dem in der Wohnung des Requisiten anwesenden, mit ihm in Familiengemeinschaft lebenden, erwachsenen Sohne desselben, Heinrich Goldfuchs nebst einer Abschrift der gegenwärtigen Urkunde übergeben habe.

Philipp Hurtig, kgl. Gerichtsvollzieher.

C. Heute, den . . . . . Theodor Goldfuchs in Burgstadt, da ich weder ihn, noch einen zu seiner Familie gehörigen Hausgenossen, noch eine in seiner Familie dienende Person in dessen Wohnung antraf, und da der in demselben Hause wohnende Hausbesitzer Johann Protzheim die Annahme der Zustellung verweigerte, dadurch bethä-

tigt, daß ich Abschrift beigehefteten Urtheils auf der Gerichtsschreiberei des kgl. Amtsgerichtes Burgstadt nebst einer Abschrift der gegenwärtigen Urkunde niedergelegt und die Niederlegung durch eine an der Wohnungsthüre des Requisiten befestigte schriftliche Anzeige sowie durch mündliche Mittheilung an die Nachbarn des Requisiten, den Krämer Josef Bohnenberg und den Schneidermeister Friedrich Zwirn, bekannt gemacht habe.

Philipp Hurtig, kgl. Gerichtsvollzieher.

D. Heute, den ...... Theodor Goldfuchs in Burgstadt, den ich in seiner Wohnung antraf, da er ohne jeden gesetzlichen Grund die Annahme der Zustellung verweigerte, dadurch bethätigt, daß ich Abschrift des beigehefteten Urtheils und der gegenwärtigen Urkunde in seiner Wohnung zurückließ.

Philipp Hurtig, kgl. Gerichtsvollzieher.

II. Zustellungsurkunde nach §. 175:

Heute, den 12. Mai 1880 habe ich auf Betreiben des Agenten Sigmund Pflug in Schloßberg beigeheftetes Urtheil dem in Friedheim wohnenden Schlossermeister August Hammer durch Aufgabe zur Post in Schloßberg unter der Adresse des Requisiten zugestellt.

Bernhard Schnell, kgl. Gerichtsvollzieher.

---

§. 176. (§. 169 des Entw.)

Zustellungen können auch durch die Post erfolgen.

§. 177. (§. 170 des Entw.)

Wird durch die Post zugestellt, so hat der Gerichtsvollzieher einen durch sein Dienstsiegel verschlossenen, mit der Adresse der Person, an welche zugestellt werden soll, versehenen und mit einer Geschäftsnummer bezeichneten Briefumschlag, in welchem die zuzustellende Ausfertigung oder die beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks enthalten ist, der Post mit dem Ersuchen zu übergeben, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts aufzutragen. Daß die Uebergabe in der bezeichneten Art geschehen, ist von dem Gerichtsvollzieher auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einem mit derselben zu verbindenden Bogen zu bezeugen.

§. 178. (§. 171 des Entw.)

Die Zustellung durch den Postboten erfolgt in Gemäßheit der Bestimmungen der §§. 165—170.

Ueber die Zustellung ist von dem Postboten eine Urkunde aufzunehmen, welche den Bestimmungen des §. 174 Nr. 1, 3—5, 7 entsprechen und außerdem die Uebergabe des seinem Verschlusse, seiner Adresse und seiner Geschäftsnummer nach bezeichneten Briefumschlags, sowie der Abschrift der Zustellungsurkunde bezeugen muß.

Die Urkunde ist von dem Postboten der Postanstalt und von dieser dem Gerichtsvollzieher zu überliefern, welcher mit derselben in Gemäßheit der Bestimmung des §. 173 Abs. 4 zu verfahren hat.

§. 179. (§. 172 des Entw.)

Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, kann derselbe unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen. In diesem Falle finden die Vorschriften der §§. 177, 178 auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die erforderliche Beglaubigung erfolgt durch den Gerichtsschreiber.

§. 180. (§. 173 des Entw.)

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, obgleich sie durch die Post hätte erfolgen können, so hat die zur Erstattung der Prozeßkosten verurtheilte Partei die Mehrkosten nicht zu tragen.

Motive: „Die §§. 170—173 sind bestimmt, die praktische Durchführung der Zustellung durch die Post zu ermöglichen und zu sichern.

„Nach §. 170 kann die Partei die Post nicht unmittelbar um die Vornahme von Zustellungen ersuchen, sie hat sich vielmehr an einen Gerichtsvollzieher zu wenden, damit derselbe die Zustellung durch die Post vermittele. Diese Vermittelung ist geboten, weil die Wirksamkeit einer Zustellung voraussetzt, daß ein Schriftstück bestimmten Inhalts zugestellt sei. Der Beweis, daß eine Zustellung erfolgt, kann daher nur geliefert werden, wenn sich durch das Zeugniß eines mit publica fides ausgestatteten Organs die Uebereinstimmung der zugestellten Abschrift mit dem Original konstatiren läßt. Nur auf Grund einer solchen Konstatirung ist z. B. der Kläger be-

rechtigt, gegen den nicht erschienenen Beklagten die Erlassung eines Versäumnißurtheils zu verlangen. Der Postanstalt oder dem Postboten konnte eine soweit gehende Beurkundung nicht aufgebürdet werden. Die postalischen Einrichtungen setzen einem solchen Ansinnen unübersteigliche Hindernisse entgegen. Es war deshalb nothwendig, auf den Gerichtsvollzieher zurückzugreifen und ihn als Urkundsperson zwischen die Partei und die Post einzuschieben.

„Um eine Zustellung durch die Post zu bewirken, kann die Partei jeden im deutschen Reiche angestellten Gerichtsvollzieher angehen, denn nach §. 170 ist jeder deutsche Gerichtsvollzieher befugt, die Herbeiführung einer Zustellung durch die Post zu vermitteln. Dadurch gewinnt die Handhabung dieses modus insinuationis gegenüber der Zustellung durch Gerichtsvollzieher an Brauchbarkeit. Denn soll durch einen Gerichtsvollzieher zugestellt werden, so hat die Partei den Gerichtsvollzieher zu beauftragen, welcher für den Ort der Zustellung zuständig ist, während sie bei der Postzustellung in der Wahl des Gerichtsvollziehers unbeschränkt bleibt.

„Der §. 171 regelt den Akt der Zustellung in engem Anschlusse an die Vorschriften über die Zustellung durch Gerichtsvollzieher.

„Der §. 172 ist, wie bereits bemerkt, der Bestimmung des §. 148 nachgebildet.

„Die Partei hat die Wahl, ob sie die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher oder durch die Post ausführen lassen will; sie hat aber nach §. 173 die Mehrkosten zu tragen, wenn sie die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher wählt, obgleich sie sich des minder kostspieligen modus insinuationis durch die Post bedienen konnte. Diese Vorschrift wird darauf hinwirken, daß sich die Zustellung durch die Post in ihrer vollen praktischen Bedeutung zu entfalten vermag.“ S. auch oben Motive zu §. 152.

1) Zu §. 176: Auch durch die Stadtpost kann zugestellt werden (Komm. Prot. S. 62).

2) Zu §. 177:

a) Die Zustellung durch die Post erscheint neben der durch den Gerichtsvollzieher als eine Ausnahme von der Regel des §. 152 Abs. 1 (s. o.), aber als eine Ausnahme von so weitreichendem Umfange, daß sie eine zweite Regel genannt werden könnte. Sie ist, wie früher schon (s. o. zu §§. 160, 161) angeführt wurde, wesentlich von der Strafzustellung durch Aufgabe zur Post verschieden. Denn hier ist die Zustellung vollendet durch Einlieferung des zu übergebenden Schriftstücks bei der Postanstalt; die Zustellung durch die Post wird mit der Aufgabe zur Post erst eingeleitet, vollendet erst mit der durch den Postboten des Bestimmungsortes bethätigten

Uebergabe. Man würde daher korrekter von „Zustellung durch den Postboten" zu sprechen haben (§. 178 Abs. 1). Wichtige Konsequenzen hieraus ergeben sich für den Fall, daß das zur Post gegebene Schriftstück verloren geht oder daß die Zustellung durch den Postboten aus Nachlässigkeit oder sonst einem Grunde unterbleibt. Hier ist eine Zustellung überhaupt nicht vorhanden; es kann also durch den bloßen Akt der Uebergabe zur Post weder ein Fristenlauf eröffnet, noch eine Frist gewahrt werden; demgemäß treten auch die an die Klagszustellung geknüpften materiellrechtlichen Wirkungen nicht schon mit diesem Akte ein (§. 239). Ob diese letztere Konsequenz vom Gesetzgeber gewollt war, erscheint freilich Angesichts des §. 190 zweifelhaft.

b) Die Art und Weise, in welcher der Gerichtsvollzieher bei Zustellungen durch die Post thätig werden muß, ist im Gesetzestexte deutlich beschrieben. Zu den Worten „mit dem Ersuchen zu übergeben" wurde in der Justizkommission von dem Abg. Dr. Bähr angefragt, wie dieselben zu verstehen seien. Der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg erklärte hierauf, im Allgemeinen hätten die Grundsätze der Postordnung Anwendung zu leiden. Der Gerichtsvollzieher übergebe der Post zugleich mit dem Couvert eine Zustellungsurkunde, auf welcher sich die Notiz: „Zu behändigen gegen Behändigungsschein" befinde. Darin liege schon das Ersuchen. (Komm. Pr. S. 62.) Der Schlußsatz des §. 177 kann analog dem §. 173 Abs. 2 auf Zustellungen von Ausfertigungen keine Anwendung leiden. Denn die Ausfertigung ist in dem mit dem Dienstsiegel verschlossenen Briefumschlag enthalten; es kann daher eine Beurkundung ihrer Uebergabe zur Post auf ihr selbst nicht stattfinden. Auch hier wird daher der Gerichtsvollzieher eine besondere Urkunde aufzunehmen haben. Die Vorschriften des §. 173 Abs. 2 und 3 finden auf die Bestätigung des Gerichtsvollziehers nach §. 177 keine Anwendung. Es ist Sache der Partei, vom Gerichtsvollzieher den Nachweis der Uebergabe zur Post sich zu erholen. Die Bestätigungsurkunde hat zu enthalten: die Angabe, daß ein durch Dienstsiegel verschlossener, mit der Adresse des Requisiten und mit einer bestimmten Geschäftsnummer bezeichneter Briefumschlag übergeben worden sei, in welchem Abschrift des beigehefteten (oder nebenstehenden) Schriftstückes bezw. eine Ausfertigung (des speziell zu bezeichnenden Schriftstückes) enthalten gewesen und daß die Post ersucht worden sei, die Zustellung zu veranlassen. Aus dem letzteren Bestandtheil der Bestätigungsurkunde folgt nicht, daß die Person des Requirenten der Post benannt und als benannt in der Urkunde angeführt sein muß. Denn ohne diese Benennung ist Veranlassung der Zustellung sehr wohl möglich, da ja gerade für Zustellungen durch den Postboten die Aufnahme der Person des Requirenten in die Zustellungs-

urkunde (des Postboten) für überflüssig erklärt wird (§. 178 Abs. 2) und überdieß die Person des betreibenden Theiles sich aus der beschriebenen Ausfertigung resp. dem zuzustellenden Schriftstück, das mit der Bestätigung vereinigt erscheint, ergeben muß (a. M. L. Seuffert, Kommentar §. 177 Nr. 2).

Die Postordnung (v. 18. Dezember 1874), auf welche der Regierungsvertreter in der Justizkommission im Allgemeinen verweist, enthält gerade für gerichtliche Schreiben nichts Anderes, als den Hinweis auf die hierüber bestehenden besonderen Bestimmungen, d. h. die Bestimmungen der CPO. in §§. 177—179. (Vgl. §. 35 II Postordnung. Centralblatt des deutschen Reichs 1875 S. 6.)

c) In der Justizkommission wurde die Frage nach der civilrechtlichen Haftbarkeit der Postverwaltung in Folge unrichtiger oder unterlassener Zustellung aufgeworfen und theils im Sinne unbedingter, theils im Sinne beschränkter Haftbarkeit beantwortet. Mit Recht bemerkt Puchelt (Kommentar Abth. I S. 450 Nr. 2), daß die Besorgung der Zustellungen ein Zweig des Transportgewerbes der Post sei und daß ihre Haftung demnach aus §. 6 des Reichspostgesetzes vom 28. Oktober 1871 (RGBl. 1871 S. 348) beurtheilt werden müsse.

3) Zu §. 178:

a) Nach Abs. 1 haben die §§. 165—170 für die Zustellung durch den Postboten gleiche Geltung, wie für die durch den Gerichtsvollzieher; nicht dasselbe trifft von den §§. 171, 172, 173, 174 zu. Bezüglich der §§. 173, 174 ist dieß in §. 178 Abs. 2 zum Ausdruck gebracht, indem hier über die Zustellungsurkunde besondere, abweichende Bestimmungen getroffen sind. Für die §§. 171, 172 folgt es aus der systematischen Stellung derselben vor §§. 176 ff. und aus der Nichterwähnung in §. 178 Abs. 1. Daran ändert nichts, daß in §. 171 Abs. 1 nur die Zustellung durch Aufgabe zur Post an Sonn- und Feiertagen als unbedingt zulässig erklärt wird. Denn die §§. 165 bis 176 handeln nur von denjenigen Zustellungsakten, welche durch den Gerichtsvollzieher als Zustellungsbeamten vorgenommen werden (vgl. oben zu §§. 160, 161 Nr. 6); deßhalb kann §. 171 Abs. 1 nur die übrigen Zustellungen dieser Art als Gegensatz zur Zustellung durch Aufgabe zur Post meinen (vgl. aber unten Nr. 6). Zustellung durch den Postboten ist daher wie jede Briefbeförderung an Sonn- und Feiertagen zulässig, nöthigenfalls durch Expreßboten auch an den Nachmittagen dieser Tage und überhaupt in Stunden, in welchen die gewöhnliche Briefbeförderung nicht stattfindet (vgl. Puchelt, Kommentar Abth. I S. 451 Nr. 5). Die Ausdehnung des §. 172 auf die Zustellung durch die Post war, wie Puchelt (a. a. O. S. 452) richtig bemerkt, über-

flüssig; denn da der verschlossene Briefumschlag, den der Postbote überbringt, an die Person adressirt sein muß, an welche zugestellt werden soll (§. 174 Ziff. 3, §. 178 Abs. 2), d. h. an den Requisiten oder Zustellungsbevollmächtigten, so ergibt sich für den Postboten schon hiedurch die Unmöglichkeit, etwas zuzustellen, was in dem Umschlage nicht enthalten ist, oder etwas nicht zuzustellen, was darin enthalten ist. Ist der Requisit aber Prozeßbevollmächtigter mehrerer Betheiligter, so besteht auch für den Gerichtsvollzieher bei der Uebergabe zur Post keine Pflicht, für einen Requisiten mehrere Ausfertigungen oder Abschriften in den Umschlag aufzunehmen, während beim Vorhandensein Eines Zustellungsbevollmächtigten für mehrere Betheiligte die Mehrheit der Requisiten bestehen bleibt, der Gerichtsvollzieher daher auch die entsprechende Anzahl von Schriftstücken in dem Umschlag abzusenden hat.

b) Die Zustellungsurkunde des Postboten findet ihre Ergänzung in der (§. 177 erwähnten) Bestätigungsurkunde des Gerichtsvollziehers. Aus dieser ergibt sich nämlich die Person des Requirenten (s. o. Nr. 2 b gegen Ende). Die in §. 174 Ziff. 6 vorgeschriebene Bemerkung des Zustellungsbeamten, daß Ausfertigung oder Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks übergeben sei, ist für die Zustellung des Postboten ausgeschlossen, weil der Postbote das zuzustellende Original gar nicht in die Hand bezw. (die Ausfertigung) nicht zu Gesicht bekommt. Er kann und muß daher nur bestätigen, daß er den Briefumschlag in der schon vom Gerichtsvollzieher konstatirten Beschaffenheit, sowie daß er Abschrift seiner Zustellungsurkunde übergeben habe.

c) Die gemäß §. 178 Abs. 3 an den Gerichtsvollzieher gelangte Zustellungsurkunde des Postboten ist dem Requirenten, bei Zustellungen von Amtswegen, dem Gerichtsschreiber des requirirenden Gerichtes zu übermitteln (vgl. o. Nr. 2 b). Die Postanstalt, welcher der Postbote seine Zustellungsurkunde zu überliefern hat, ist wohl die des Bestimmungsortes.

4) Zu §. 179:

a) Vgl. oben die Motive zu §. 154; ferner §. 152 Abs. 2.

b) Dieser Paragraph hat in der Justizkommission den Gegenstand lebhafter Debatten gebildet und schließlich zu einer authentischen Interpretation Veranlassung gegeben. Allein weder diese noch jene stellen das hier fragliche Verhältniß klar. Es wurde nämlich von mehreren Seiten die Frage angeregt, ob denn der Gerichtsschreiber immer persönlich sich zur Post begeben müsse, wenn er von der im §. 179 ihm eingeräumten Befugniß Gebrauch machen wolle. Der Regierungskommissär Appellationsgerichtsrath Dr. Hauser verneinte diese Frage, indem er dem Worte „unmittelbar" in §. 179 die Bedeutung beilegte, daß damit das Dazwischentreten eines Gerichtsvollziehers ausgeschlossen sei. Regierungskommissär Geh. Justiz-

rath Kurlbaum erklärte zwar, daß die übrige Arbeit des Gerichtsschreibers leiden würde, wenn er immer selbst zur Post gehen müßte, gibt jedoch zu, daß eine Bescheinigung durch den Gerichtsschreiber über einen von seinem Stellvertreter oder Boten ausgeführten Akt etwas Bedenkliches habe. Appellationsgerichtsrath Dr. Hauser nahm an, daß, wenn der Gerichtsschreiber einen Stellvertreter aus seinem Hilfspersonal beauftrage, der Letztere auch die Bescheinigung der Uebergabe bei der Post auszustellen habe. Abg. von Forcade erklärte sich im Interesse der geschäftlichen Ordnung für den vom Abg. Pfafferott schon in erster Lesung gestellten und in zweiter wiederholten Antrag, den Paragraphen zu streichen. Denn es sei ungeeignet, daß der Gerichtsschreiber selbst auf die Post gehen solle; der Entwurf erzeuge eine gewisse Rivalität zwischen Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher. Der Abg. von Puttkammer sprach sich gegen die Streichung aus. Man könne sich in dem Falle, wo der Gerichtsschreiber nicht selbst zur Post gehe, mit der Bescheinigung des Gerichtsboten begnügen. Auf eine Bemerkung des Geh. Justizraths Kurlbaum, ob unter Gerichtsboten etwas Anderes zu verstehen sei, als unter Gerichtsvollzieher, erwiderte derselbe Abgeordnete, der Gerichtsbote werde dem Gerichtsschreiber jederzeit zur Verfügung stehen, der Gerichtsvollzieher aber häufig auswärts sein, da seine Hauptthätigkeit in Zwangsvollstreckungen bestehe. Hierauf entgegnete Geh. Justizrath Kurlbaum: Wenn die Kommission der Meinung sei, daß auch der Gerichtsbote die Bescheinigung ausstellen könne, so würde es einer ausdrücklichen Bestimmung hierüber bedürfen. Abg. Struckmann war der Meinung, der Gerichtsschreiber könne den Gerichtsdiener beauftragen, der ohnehin regelmäßig der Stellvertreter des Gerichtsvollziehers sein werde. Abg. Reichensperger dagegen erklärte: Das Institut der Gerichtsboten solle seiner Meinung nach in Zukunft nicht mehr bestehen; einen Gerichtsdiener kenne er überhaupt nicht. Auch der Dienst in der öffentlichen Sitzung werde vom Gerichtsvollzieher versehen. Er würde also annehmen, daß der Gerichtsschreiber entweder selbst zur Post gehen oder den Gerichtsvollzieher beauftragen müsse. Direktor von Amsberg endlich führte aus: Bei jedem Gerichte werde für den internen, den früheren Gerichtsbotendienst, ein besonderer Gerichtsvollzieher angestellt werden. Dieser Leute könne sich der Gerichtsschreiber bedienen. Man habe den letzteren nicht verhindern wollen, die Sache selbst zu besorgen, habe es aber für nothwendig gehalten, daß er, wenn er es nicht selbst thue, sich einer Person bediene, welche die fides eines Gerichtsvollziehers habe.

Nach Schluß der Debatte stellte der Vorsitzende, ohne daß ein Widerspruch folgte, fest, daß nach der Meinung der Kommission bei Annahme des Paragraphen die Bescheinigung des Gerichtsschreibers nicht dahin zu lauten

brauchen würde, daß er selbst zur Post gegangen sei; sondern auch dahin lauten könne, daß er einen Gerichtsvollzieher mit der Aufgabe bei der Post beauftragt habe.

Hierauf wurde der Antrag des Abg. Pfafferott auf Streichung des Paragraphen abgelehnt. (Komm. Prot. S. 63, 64, 530, 531 und Protokoll Nr. 164 d. d. 20. Oktober 1876 Anlage K. Zusammenstellung der sogen. authentischen Interpretationen der Justizkommission zur CPO. §. 172 des Entw.) In der 126. Sitzung der Justizkommission vom 4. Mai 1876 nahm Abg. Dr. Mayer den Antrag auf Streichung nochmals, jedoch ohne Erfolg, auf (Komm. Prot. S. 665, 666).

Aus den mitgetheilten Verhandlungen in der Justizkommission ergibt sich zunächst so viel, daß die Ansichten der Mitglieder über die Zulässigkeit der Anstellung von Gerichtsboten, oder Gerichtsdienern auseinandergingen. Ferner, daß Direktor von Amsberg von der Unterstellung ausging, es würden an jedem Gerichte Gerichtsvollzieher mit Gerichtsbotenfunktion angestellt werden. Was den erstgenannten Differenzpunkt anlangt, so scheint mir durch das GVG. und die CPO. die Anstellung von Gerichtsboten als Subalternpersonal ohne Einflußnahme auf den Prozeßgang nicht ausgeschlossen. Allein solchen Gerichtsboten kann unmöglich publica fides und die Befugniß zur Beurkundung eingeräumt sein. Gegenüber der von Direktor von Amsberg gemachten Voraussetzung scheint sich die Kommission zustimmend verhalten zu haben, so daß man unter „Gerichtsvollzieher" in der zuletzt angeführten authentischen Interpretation den mit Gerichtsbotenfunktion betrauten Gerichtsvollzieher zu verstehen hätte. Wenn dem aber so ist, dann wäre zu fragen, wie denn die Sache liegt, wo die Landesjustizverwaltung solche Gerichtsvollzieher nicht anstellt, sondern die Gerichtsvollzieher nach dem französischen und bayerischen System außerhalb der Gerichtsorganisation als selbstständige Beamte stellt, wozu sie nach dem GVG. das Recht hat (s. o. zu §. 152 Nr. 1). Schon aus diesem Grunde reichen die Erklärung des Reichskanzleramtsdirektors und die authentische Interpretation der Justizkommission nicht aus. Sie thun es aber aus dem weiteren Grunde nicht, weil daraus nicht ersichtlich wird, wem die in §. 177 vorgeschriebene Bescheinigung der Uebergabe obliege bezw. zukomme, ob dem Gerichtsschreiber oder dem gerichtsbotenartigen Gerichtsvollzieher, der für den Gerichtsschreiber den Gang zur Post besorgt. Denn die Bestätigung des Gerichtsschreibers, daß er einen Gerichtsvollzieher mit der Aufgabe zur Post beauftragt habe, ist eben nicht die Bezeugung, daß die Uebergabe bei der Post geschehen sei.

Aus diesen gewichtigen Gründen muß sich der Richter an den Wortlaut des Gesetzes halten und darf auf die Intention der Regierung und der

Kommission, dem Gerichtsschreiber den Gang zur Post zu ersparen, kein Gewicht legen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann der Gerichtsschreiber aber die Post nur unmittelbar, d. h. ohne Dazwischentreten eines Gerichtsvollziehers — welcher Art er auch sei — um Bewirkung der Zustellung ersuchen, m. a. W. er kann nur selbst zur Post sich zu diesem Zwecke begeben (s. Puchelt, Kommentar Abth. I S. 452, 453 Nr. 5. A. M. Lothar Seuffert, Kommentar §. 179 Nr. 2 a. E.).

c) Wenn der Gerichtsvollzieher die Post nicht unmittelbar um Bewirkung der Zustellung ersucht, so hat er die Wahl, ob er sie durch einen von ihm beauftragten Gerichtsvollzieher (als Zustellungsbeamten) ersuchen lassen oder ob er einen solchen selbst mit der Zustellung beauftragen will (§. 176 „können" und §. 154), wenn nicht die Partei erklärt hat, daß sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle (§. 154). Das Verhältniß des §. 179 zu §. 154 ist demnach das der Ausnahme zur Regel. Dieß wurde in der Justizkommission von dem Reichskanzleramtsdirektor von Amsberg konstatirt gegenüber dem Antrag Thilo, unter Streichung des Paragraphen den §. 148 des Entw. (§. 154 des Gesetzes) so zu fassen, daß der Gerichtsschreiber, wo eine Zustellung unter seiner Vermittlung zulässig sei, dieselbe durch Ersuchen der Post ausführen lassen müsse, falls die Partei nichts Anderes beantragte. Obwohl eine Reihe von Abgeordneten sich dem Antrage Thilo's anschlossen und die freie Wahl des Gerichtsschreibers zwischen der Postzustellung und der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher als unthunlich bezeichneten, beharrten die Regierungsvertreter auf ihrem Standpunkte, auf den sich auch die Mehrheit der Kommission durch Ablehnung des Thilo'schen Antrags stellte (Komm. Prot. S. 63, 64). Damit ist aber nicht gesagt, es sei §. 179 in dem Sinne eine Ausnahme von §. 154, daß der Gerichtsschreiber nur in ganz besonders qualifizirten Fällen durch die Post zustellen lassen solle. Eine Ausnahme liegt vielmehr insoferne vor, als der Gerichtsschreiber, falls er die Postzustellung für angezeigt hält, an die Vorschrift des §. 154 (Beauftragung eines Gerichtsvollziehers) nicht gebunden ist. Gebunden bleibt aber auch hier der Gerichtsschreiber an das Mandat der Partei (Struckmann-Koch, Kommentar §. 179 Nr. 2; Lothar Seuffert a. a. O. §. 179 Nr. 1). Wählt der Gerichtsschreiber ohne Mandat der Partei aus grober Nachlässigkeit den kostspieligeren Weg der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher anstatt der Zustellung durch die Post, so kann er gemäß §. 97 in die Mehrkosten verurtheilt werden, wogegen eine solche Verurtheilung niemals zuläßig wäre, wenn der Gerichtsschreiber einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung durch die Post beauftragt hätte (vgl. §. 180), da er ja in diesem Falle nur den vom Gesetze als Regel vorgesehenen Weg einschlüge.

d) Ersucht der Gerichtsschreiber die Post unmittelbar um Bewirkung der Zustellung, so finden auf ihn die §§. 177, 178 entsprechende Anwendung, d. h. was in diesen Paragraphen von dem Gerichtsvollzieher gesagt ist, gilt von dem Gerichtsschreiber. Demgemäß hat der Gerichtsschreiber einen durch sein Dienstsiegel verschlossenen, mit der Adresse der Person, an welche zugestellt werden soll, versehenen und mit einer Geschäftsnummer bezeichneten Briefumschlag, in welchem die zuzustellende Ausfertigung oder die beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks enthalten ist, der Post mit dem Ersuchen zu übergeben, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsortes aufzutragen. Ebenso hat der Gerichtsschreiber auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einem daran gehefteten Bogen (bei Zustellung von Ausfertigungen auf einem separaten Bogen) zu bezeugen, daß die Uebergabe erfolgt ist (§. 177). Die Zustellungsurkunde des Postboten ist durch die Postanstalt dem Gerichtsschreiber zu überliefern, der damit in Gemäßheit der Bestimmungen des §. 173 Abs. 4 zu verfahren, d. h. sie der Partei zu behändigen hat.

e) Der Schlußsatz dieses Paragraphen: „die erforderliche . . . Gerichtsschreiber" wurde durch Beschluß der Justizkommission auf Antrag des Abg. Dr. Mayer hinzugefügt (Komm. Prot. S. 64). Die „erforderliche Beglaubigung" ist die in §. 173 Abs. 3 erwähnte.

5) Zu §. 180:

a) Durch §. 180 wird das freie Ermessen des Gerichts in Entscheidung der Frage, wie weit die Kosten des Rechtsstreits zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren (§. 87 Abs. 1), beschränkt (s. o. zu §. 87 Nr. 3 d S. 313).

b) Die Möglichkeit der Postzustellung ist nicht ausgeschlossen durch deren Unzweckmäßigkeit im einzelnen Falle. Wenn also auch bei Beförderung durch die Post zweifelhaft ist, ob die Zustellung noch rechtzeitig z. B. zur Wahrung einer Frist geschehen wird, so ist die Zustellung an sich doch durch die Post möglich, daher auch die Partei, welche zu ihrer Sicherung direkt den Gerichtsvollzieher entsendet, für die Mehrkosten allein haftbar.

Nur Unmöglichkeit der Postzustellung schließt den §. 180 aus, z. B. Störung der Postverbindung durch Naturereignisse, durch Krieg 2c.

c) Sowohl der Gerichtsvollzieher, wie auch unter Umständen (§§. 152 Abs. 2, 179) der Gerichtsschreiber (vgl. zu §. 179 c) können, wenn sie den theuereren Zustellungsmodus unnöthigerweise wählen, gemäß §. 97 in die Mehrkosten verurtheilt werden.

d) Die Befreiung von den Mehrkosten nach §. 180 genießt die zur Erstattung der Prozeßkosten verurtheilte Partei. Hat sie selbst eine kostspieligere Zustellung unnöthig veranlaßt, so fallen sie natürlich ihr zur Last.

6) Die §§. 152—164, welche von den allgemeinen Grundsätzen der Zustellung handeln, sind auch für die Zustellung durch die Post maßgebend. So hat z. B. in Anwaltsprozessen die Beauftragung des Gerichtsvollziehers zum Zwecke der Postzustellung unmittelbar zu geschehen (§. 152 Abs. 2); die mündliche Erklärung der Partei genügt zur Ermächtigung des Gerichtsvollziehers (§. 153 Abs. 1). Der Auftrag der Partei wird präsumirt (§. 153 Abs. 2); auf Verlangen der Partei muß der Gerichtsvollzieher die Zeit der Uebergabe des zuzustellenden Schriftstücks an ihn bescheinigen (§. 155 Abs. 2) u. s. f. —

---

§. 181. (§. 174 des Entw.)

Sind die Parteien durch Anwälte vertreten, so kann die Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgen.

Zum Nachweise der Zustellung genügt das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntniß des Anwalts, welchem zugestellt worden ist.

Motive: „Die Vorschrift, daß in Anwaltsprozessen die Zustellung ohne Vermittelung des Gerichtsvollziehers von Anwalt zu Anwalt fakultativ erfolgen kann, ist dem genfer Prozeßgesetze, der hannov. (§. 133), bayer. (Art. 205), bad. (§. 236) Prozeßordnung, dem hannov. (§. 174), hess. (Art. 251), preuß. (§§. 174, 175), nordd. (§. 263) Entwurf, nicht aber dem Code de proc. bekannt. Die unmittelbare Behändigung setzt jedoch Einverständniß der beiden Anwälte voraus, indem ein schriftliches Empfangsbekenntniß des Requisiten zur Beurkundung der Zustellung beigebracht werden muß. Wird die Ausstellung desselben verweigert, so ist der betreibende Theil auf den Weg des Gerichtsvollzieherakts gedrängt" [1]).

Vgl. auch die Motive zu §. 152.

1) Nach dem Entwurfe sollte, wie die Motive zeigen, die Zustellung von Anwalt zu Anwalt nur im Anwaltsprozeß zulässig sein. Die Justizkommission beschloß aber auf Antrag des Abg. Dr. Grimm in zweiter Lesung — in erster Lesung war dieser Antrag abgelehnt worden —, auch im Parteiprozesse diesen Zustellungsmodus immer dann zuzulassen, wann beide Parteien durch Anwälte vertreten sind. Der Eingang des Paragraphen erhielt daher auch anstatt der Worte „in Anwaltsprozessen" die jetzige Fassung (Komm. Prot. S. 531, 532).

---

[1]) Siehe dagegen Nr. 2.

Das von dem Reichskanzleramtsdirektor von Amsberg angeregte Bedenken, daß es im Parteiprozeß nicht immer zweifellos sei, ob die Parteien durch Anwälte vertreten sind, weil auch Verbeistandung durch Anwälte vorkäme, erledigt sich durch den Hinweis darauf, daß die beiderseitigen Anwälte ohne Kenntniß ihrer Prozeßvollmachten den Zustellungsmodus des §. 181 im Parteiprozeß nicht wählen werden, so wenig, als im Anwaltsprozeß der Anwalt der einen Partei diese Art der Zustellung versuchen wird, wenn die Gegenpartei einen Anwalt aufzustellen unterläßt.

2) Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt ist unter allen Umständen fakultativ. Nach den Motiven (zustimmend Lothar Seuffert a. a. O. §. 181 Nr. 3; Struckmann-Koch a. a. O. §. 181 Nr. 2; Puchelt a. a. O. S. 454 Nr. 3; Uebel, Kommentar §. 181 Nr. 3; Siebenhaar, Kommentar §. 181) soll dieselbe nur im Einverständniß beider Anwälte möglich sein. Diese Ansicht erscheint äußerst bedenklich und beeinträchtigt die praktische Bedeutung des §. 181 erheblich. Man nehme z. B. an, daß der Beklagte, gegen den Versäumnißurtheil ergangen ist, am letzten Tage der Einspruchsfrist einen Anwalt bestellt und dieser die Einspruchserklärung dem Gegenanwalte direkt zustellen will! Soll hier, wenn etwa ein Gerichtsvollzieher nicht zur Stelle ist, der Einspruch dadurch verloren gehen, daß der Gegenanwalt die Annahme der Zustellung verweigert? Oder soll hier etwa erst Wiedereinsetzung begehrt werden müssen, die möglicherweise verweigert wird (§. 211)? Man beruft sich für die Ansicht der Motive auf den Abs. 2 des §. 181, wonach der Zustellungsnachweis durch die Unterschrift des Anwalts, welchem zugestellt wurde, geschehen müsse. Allein hievon enthält in Wahrheit das Gesetz nichts. §. 181 Abs. 2 sagt nur, daß die Unterschrift des Anwalts unter dem Empfangsbekenntniß genüge. Diese Fassung zeigt, daß ein anderweitiger Zustellungsnachweis nicht ausgeschlossen ist. Auch werden die allgemeinen Bestimmungen über die Zustellung auf die Zustellung von Anwalt zu Anwalt Anwendung finden müssen, soweit dieß faktisch möglich ist, da kein Grund besteht, sie auszuschließen. So wird Niemand bezweifeln, daß §. 156 Abs. 1 auch für die Zustellung von Anwalt zu Anwalt gilt. Daher wird im Falle der Weigerung des Anwalts, dem zugestellt werden soll, das zu übergebende Schriftstück am Zustellungsorte zurückgelassen werden dürfen (§. 170). Für die Beurkundung einer solchen Zustellung wird dann freilich eine andere Form als die in Abs. 2 des §. 181 genannte zu suchen sein. Der Ueberbringer des zu übergebenden Schriftstückes kann die Weigerung durch eine Zustellungsurkunde feststellen und nöthigenfalls eidlich über die Weigerung als Zeuge vernommen werden. Daß die Zustellung von Anwalt zu Anwalt nicht abhängig sein kann von der Geneigtheit des Requisiten zur An-

nahme, geht übrigens auch aus dem Wortlaute des §. 181 Abs. 1 hervor, in welchem schlechthin die Möglichkeit dieses Zustellungsmodus ausgesprochen wird, wenn beide Parteien durch Anwälte vertreten sind.

Weßhalb die Zustellung von Anwalt zu Anwalt nicht auch als Ersatzzustellung möglich sein sollte (Lothar Seuffert a. a. O., Puchelt a. a. O.), ist nicht ersichtlich. In der bayerischen Praxis hat Art. 205 der bayer. CPO., welcher mit §. 181 übereinstimmt, niemals zur Beanstandung einer durch Empfangsbekenntniß eines Advokatenschreibers, -Buchhalters oder -Hilfsarbeiters bekundeten Zustellung von Anwalt zu Anwalt geführt, obwohl diese Art der Beurkundung die Regel bildete. Das ist nicht etwa nur auf die Konvenienz des Gegenanwaltes zurückzuführen, sondern auch auf die Anschauung der Gerichte, welche selbst im Versäumnißverfahren diese Zustellungen als rechtsförmlich anerkannten.

3) Die gewöhnliche Form der Zustellung von Anwalt zu Anwalt wird, wie dieß bisher auch in Bayern üblich war, darin bestehen, daß der Requirent einen Bediensteten mit Urschrift und der von ihm beglaubigten (§. 156 Abs. 2) Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes zu dem Requisiten sendet und auf der Urschrift den Empfang der Abschrift bestätigen läßt. Es ist aber auch zulässig, daß sich der Requirent der Post (regelmäßig wohl der Stadtpost) bedient, um die Zustellung nach §. 181 zu bethätigen, indem er die von ihm beglaubigte Abschrift dem Requisiten gegen Empfangsbestätigung übersendet.

4) Auf Rechtsanwälte, welche durch grobes Verschulden die Mehrkosten einer Zustellung durch den Gerichtsvollzieher veranlaßt haben, findet §. 97 Anwendung. Dagegen können die Auslagen des obsiegenden Rechtsanwalts für die Zustellungen durch den Gerichtsvollzieher, falls ein solch grobes Verschulden nicht vorliegt, vom Ersatze nicht als überflüssige Kosten ausgeschlossen werden. (A. M. Lothar Seuffert a. a. O. Nr. 5; aber siehe oben zu §. 87 Nr. 3a S. 312 f.)

---

§. 182. (§. 175 des Entw.)

Eine im Auslande zu bewirkende Zustellung erfolgt mittels Ersuchens der zuständigen Behörde des fremden Staates oder des in diesem Staate residirenden Konsuls oder Gesandten des Reichs.

§. 183. (§. 176 des Entw.)

Zustellungen an Deutsche, welche das Recht der Exterritoria-

lität genießen, erfolgen, wenn dieselben zur Mission des Reichs gehören, mittels Ersuchens des Reichskanzlers; wenn dieselben zur Mission eines Bundesstaats gehören, mittels Ersuchens des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten dieses Bundesstaats.

Zustellungen an die Vorsteher der Reichskonsulate erfolgen mittels Ersuchens des Reichskanzlers.

§. 184. (§. 177 des Entw.)

Zustellungen an Personen, welche zu einem im Auslande befindlichen oder zu einem mobilen Truppentheile oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören, können mittels Ersuchens der vorgesetzten Kommandobehörde erfolgen.

§. 185. (§. 178 des Entw.)

Die erforderlichen Ersuchungsschreiben werden von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts erlassen.

Die Zustellung wird durch das schriftliche Zeugniß der ersuchten Behörden oder Beamten, daß die Zustellung erfolgt sei, nachgewiesen.

Motive: „Da dem Entwurf die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft im Civilprozesse — an welche zur Mitwirkung die Requisition nach dem Code de proc. Art. 69, nach Hannover §§. 124 bis 126, Bayern Art. 193 Nr. 6 und dem hannov. Entw. §. 170 die Zustellung geschieht — fremd ist, so wird nach den Vorschriften der §§. 175—178 eine Zustellung im Auslande d. h. an Personen, welche in Deutschland weder wohnen, noch sich aufhalten, und an Exterritoriale mittelst Ersuchungsschreibens des Gerichtsvorsitzenden bezw. Amtsrichters, welches die Gerichtsschreiberei an die ersuchte Behörde befördert, veranlaßt. Bei der einfachen Regel sind alle komplizirten Vorschriften vermeidlich gewesen.

„Daß die kompetente Behörde dem Gerichte besser als der Partei bekannt und erreichbar ist, daß ferner durch jene die Zustellung sicherer und dem Rechte des Orts der Zustellung entsprechender geschehen kann, liegt auf der Hand. In den seltenen Fällen, in denen die Rechtshülfe verweigert und der Anstand nicht behoben werden sollte, werden sich Partei und Gericht darüber schlüssig zu machen haben, ob öffentliche Zustellung einzutreten hat (§. 179 Abs. 2).

„In welchen Fällen die Zustellung im Auslande unterbleiben kann, regeln die §§. 687, 690, 708 [1])."

---

[1]) §§. 740, 743, 761 des Gesetzes.

1) Zu §. 182:

a) Ueber den Begriff „Ausland" vergl. oben zu §. 16 S. 86 Z. 3 v. u.

b) Die Zustellung erfolgt in Wahrheit nicht mittels Ersuchens der zuständigen Behörde ꝛc., sondern mittels Uebergabe einer Ausfertigung oder Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks an den Requisiten. Daß diese Uebergabe im Auslande geschehe, zu diesem Zwecke erfolgt ein Ersuchen an die zuständige Behörde ꝛc. des Inhalts, sie möge für die Zustellung Sorge tragen. Soll das Ersuchen an Gesandte gerichtet werden, so sind stets die Gesandten des Reichs zuständig, gleichviel ob der Implorant einem Bundesstaate angehört, der selbst im Auslande eine Gesandtschaft hat. Wo aber der Gesandte des Reichs verhindert ist, da gilt — wenn ein solcher vorhanden — der Gesandte Bayerns als Gesandter des Reichs. (Vgl. Schlußprotokoll zum Versailler Vertrag ꝛc. Reichsgesetzblatt vom Jahre 1871 S. 24 Nr. VII.)

c) Der Vorsitzende des Prozeßgerichts hat (§. 185 Abs. 1) die Wahl, ob er das Ersuchen an die zuständige Behörde des fremden Staates oder den in diesem Staate residirenden Konsul oder Gesandten des Reichs richten will. Diese Wahl kann nicht durch Staatsverträge zwischen Bundesstaaten und ausländischen Staaten beschränkt werden (wie Lothar Seuffert a. a. O. §. 182 Nr. 2 annimmt), denn das Reichsgesetz geht dem Landesgesetz vor. Demgemäß haben die bayerischen Justizministerialentschließungen vom 20. März und 22. August 1857 (s. Justizministerialblatt v. 1870 S. 184, 185) keine verbindliche Kraft mehr.

d) Geschieht die Requisition an ein Reichskonsulat, so ist der Konsul selbst innerhalb seines Amtsbezirkes gemäß §. 19 des Gesetzes betreffend die Organisation der Bundeskonsulate v. 8. November 1867 (Bundesgesetzblatt 1867 S. 137 ff.) befugt, die Zustellung zu bewirken.

e) Aus §. 185 Abs. 2 ergibt sich, daß die Zustellung als vollendet erst mit der Uebergabe an den Requisiten angesehen wird (s. jedoch §. 190), nicht schon mit dem Ersuchen an die ausländische Behörde bezw. den Reichskonsul oder Gesandten.

f) Ist die Zustellung im Auslande unausführbar, so tritt öffentliche Zustellung ein (§. 186 Abs. 2).

g) In der Regel wird dann, wenn der Requisit im Auslande sich befindet, ein Zustellungsbevollmächtigter gemäß §. 161 aufgestellt werden müssen, falls nicht der Requirent zur Zustellung durch Aufgabe zur Post berechtigt sein soll (s. oben zu §. 161 S. 479 ff.).

2) Zu §. 183:

a) Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, sind nicht blos Mitglieder der Missionen im Auslande, sondern auch Mitglieder der

Missionen deutscher Bundesstaaten bei andern deutschen Bundesstaaten und die Bevollmächtigten der deutschen Staaten zum Bundesrathe mit Ausnahme der preußischen (vgl. oben zu §. 16 Nr. 2).

b) An Nichtdeutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen und sich in Deutschland befinden, geschieht die Zustellung auf dem gewöhnlichen Wege. (Vgl. oben zu §. 16 Nr. 2 S. 87 Z. 6 v. o. und zu §. 25 Nr. 8 S. 127.)

c) Zustellungen an die in §. 183 genannten Personen in direkter Form durch den Gerichtsvollzieher sind ungültig nach Maßgabe des §. 267 Abs. 1.

3) Zu §. 184:

a) Wann ein Truppentheil als mobil zu betrachten ist, bestimmt sich nach Art. 63 Abs. 1 der Reichsverfassung im Zusammenhalte mit Art. 11 ebendaselbst. Danach ist ein Truppentheil mobil, sobald der Kaiser die Mobilmachung befiehlt. Der mobile Zustand eines Kriegsschiffes ist schon dann vorhanden, wann es außerhalb der heimischen Gewässer allein fährt. Die zur Marine gehörigen Personen, welche sich nicht zur See befinden, und die Bemannung von Kriegsschiffen, die in heimischen Gewässern liegen oder fahren, treten in den mobilen Zustand nach den gleichen Grundsätzen, wie die Truppentheile der Landmacht (Reichsverfassung Art. 53). In Dienst gestellt kann ein Schiff sein, ohne daß es im mobilen Zustande sich befindet. Die Indienststellung hängt übrigens wie die Mobilmachung von einer kaiserlichen Anordnung ab.

b) Zum Unterschiede von §. 158 gilt §. 184 nicht blos für Unteroffiziere und Mannschaften, sondern für alle Personen, welche einem Truppentheil oder der Marine zugehören.

c) Im Gegensatz zu den §§. 182—183 ist die Zustellung nach §. 184 eine fakultative. Den in diesem Paragraphen genannten Personen kann daher, die faktische Möglichkeit vorausgesetzt, auch auf dem gewöhnlichen Wege zugestellt werden, wobei unter Umständen §. 158 zu beachten ist. Nicht minder ist Zustellung gemäß §. 182 zulässig, falls sich die in §. 184 bezeichneten Personen im Auslande befinden.

4) Zu §. 185:

a) Prozeßgericht im Sinne des Abs. 1 ist dasjenige Gericht, bei welchem der Rechtsstreit anhängig ist oder durch die Zustellung anhängig gemacht werden soll oder anhängig war, wenn es sich um eine Zustellung nach beendigtem Rechtsstreite handelt. Die letztere Alternative liegt z. B. vor, wenn ein Endurtheil zugestellt werden soll. Mit Erlassung des Urtheils hört der Rechtsstreit auf, bei dem urtheilenden Gerichte anhängig zu sein. Hier wirft sich nun aber die Frage auf, welche von den mehreren Instanzen das Prozeßgericht sei, wenn das Urtheil einer höheren Instanz zugestellt

werden soll. Naturgemäß erscheint es wohl am meisten, wenn man dasjenige Gericht in solchem Falle als Prozeßgericht erachtet, bei welchem der Rechtsstreit zuletzt anhängig war, m. a. W. dasjenige, welches das letzte Endurtheil erlassen hat. Bei Zustellungen im Vollstreckungsverfahren — außerhalb eines Rechtsstreits vor dem Vollstreckungsgerichte — z. B. in den Fällen der §§. 727 Abs. 2, 730 Abs. 2, 740 (vgl. §. 184), 742, 744, 761 (vgl. §. 184), 781 Abs. 1 (§. 191 Abs. 2) u. s. f. ist als Prozeßgericht das jeweils zuständige Vollstreckungsgericht zu erachten. Das darf wohl aus §. 684 Abs. 1 gefolgert werden. Ist eine Zustellung in Frage, welche innerhalb eines vor dem Vollstreckungsgerichte anhängigen oder anhängig zu machenden Rechtsstreites erfolgen soll, so gilt das Vollstreckungsgericht wiederum als Prozeßgericht und es kommt die Bestimmung des §. 163 hier nicht zur Anwendung (s. o. zu §§. 162 ff. Nr. 8).

Für die Zustellung des Zahlbefehls erscheint als Prozeßgericht das nach §. 629 Abs. 2 zuständige Amtsgericht (vgl. §. 633).

b) Die Zustellung ist eine Prozeßhandlung, welche abgesehen von den Fällen, in welchen Offizialzustellung ausdrücklich vorgeschrieben ist (vgl. oben zu §. 156 Nr. 5), auf Betreiben der Parteien zu geschehen hat. Davon ist die natürliche Folge, daß der betreibende Theil den Vorsitzenden des Prozeßgerichts um Erlassung des Ersuchungsschreibens anzugehen hat. Eine besondere Form für die Angehung ist nirgends vorgeschrieben. Im Anwaltsprozesse wird nur dem Anwalte die Angehung gestattet sein, wo immer sich die Zustellung „als Bestandtheil der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte" (s. o. zu §§. 36, 37 Nr. 10) erweist, z. B. die Klagszustellung, die Zustellung der Berufungsschrift, der Einspruchserklärung 2c., ferner alle Ladungen während des Prozesses. Daraus folgt aber natürlich nicht, daß der Vorsitzende des Prozeßgerichts im Anwaltsprozeß immer mittelst Schriftsatzes angegangen werden muß (Lothar Seuffert a. a. O. §. 135 Nr. 2); vielmehr kann auch mündliche Angehung und Angehung zum Protokolle des Gerichtsschreibers durch den Anwalt erfolgen[1]). Im amtsgerichtlichen Verfahren wird das Letztere die Regel bilden (s. §§. 458, 462). Sollen Urtheile (nach beendigtem Anwaltsprozesse) zugestellt werden, so kann ebenso wie im Vollstreckungsverfahren die Partei selbst den Betrieb und somit auch die Angehung des Vorsitzenden bewerkstelligen. Gegen die Weigerung des Vorsitzenden, das Ersuchungsschreiben zu erlassen, findet gemäß §. 530 Beschwerde statt (s. auch Motive zu §§. 186 ff.).

c) In welcher Form die Zustellung Seitens der ersuchten Behörde geschieht, ist von dem Gerichte nicht zu prüfen. Der Richter hat die Zu-

[1]) Nicht dagegen §. 74 Abs. 2, vgl. S. 267 oben.

stellung als rite geschehen zu betrachten, sobald ihm das Zeugniß der ersuchten Behörde gemäß §. 185 Abs. 2 vorliegt. Der Gegner kann keinen Einwand gegen die Rechtsgiltigkeit einer derartigen Zustellung aus dem Umstande entnehmen, daß eine Formvorschrift des ausländischen Gesetzes verletzt sei oder daß die Ersatzzustellung (gemäß §§. 165 ff.) im Auslande mit Unrecht bethätigt worden sei u. dgl. m.

d) Die betreffenden Ersuchungsschreiben erläßt der Vorsitzende des Prozeßgerichts unter allen Umständen direkt an die zuständige Behörde. Es scheint mir durchaus unzutreffend, wenn (von L. Seuffert a. a. O. §. 185 Nr. 4) behauptet wird, daß darüber, ob direkt oder auf diplomatischem Wege zu ersuchen sei, die in den Einzelstaaten geltenden Bestimmungen entscheiden und daß das Ersuchen deutscher Gesandten durch Vermittelung des Reichskanzlers zu geschehen habe.

Dieß ist mit dem Wortlaute der §§. 182, 183 und ihrem Zusammenhange mit §. 185 unvereinbar. Wenn beispielsweise §. 182 bestimmt: „die Zustellung erfolgt durch Ersuchen der fremden Behörde" und §. 185: „das Ersuchungsschreiben wird vom Vorsitzenden des Prozeßgerichts erlassen," so kann unter dem Ersuchungsschreiben doch nur das an eine Behörde zu richtende verstanden sein, und dieses wird eben erlassen, indem es an die betreffende Behörde abgesendet wird. Diese Auffassung schwebte offenbar nach den oben mitgetheilten Motiven auch dem Verfasser des Entwurfs vor. (Arg. vv: „welches die Gerichtsschreiberei an die ersuchte Behörde befördert").

e) Das Gesetz enthält sich einer Bestimmung darüber, ob das schriftliche Zeugniß über den Vollzug der Zustellung dem betreibenden Theile auszuhändigen ist. Es wird jedenfalls zweckmäßig sein, wenn der Vorsitzende des Prozeßgerichts damit im Sinne des §. 173 Abs. 4 verfährt.

---

§. 186. (§. 179 des Entw.)

Ist der Aufenthalt einer Partei unbekannt, so kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.

Die öffentliche Zustellung ist auch dann zulässig, wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der für diese bestehenden Vorschriften unausführbar ist oder keinen Erfolg verspricht.

§. 187. (§. 180 des Entw.)

Die öffentliche Zustellung wird, nachdem sie auf ein Gesuch der Partei vom Prozeßgerichte bewilligt ist, durch den Gerichts-

schreiber von Amtswegen besorgt. Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden.

Die öffentliche Zustellung erfolgt durch Anheftung einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks an die Gerichtstafel. Enthält das Schriftstück eine Ladung, so ist außerdem die zweimalige Einrückung eines Auszugs des Schriftstücks in dasjenige Blatt, welches für den Sitz des Prozeßgerichts zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen bestimmt ist, sowie die einmalige Einrückung des Auszugs in den Deutschen Reichsanzeiger erforderlich.

Das Prozeßgericht kann anordnen, daß der Auszug noch in andere Blätter und zu mehreren Malen eingerückt werde.

§. 188. (§. 181 des Entw.)

In dem Auszuge des Schriftstücks müssen das Prozeßgericht, die Parteien, der Gegenstand des Prozesses, der Antrag, der Zweck der Ladung und die Zeit, zu welcher der Geladene erscheinen soll, bezeichnet werden.

§. 189. (§. 182 des Entw.)

Das eine Ladung enthaltende Schriftstück gilt als an dem Tage zugestellt, an welchem seit der letzten Einrückung des Auszugs in die öffentlichen Blätter ein Monat verstrichen ist. Das Prozeßgericht kann bei Bewilligung der öffentlichen Zustellung den Ablauf einer längeren Frist für erforderlich erklären.

Enthält das Schriftstück keine Ladung, so ist dasselbe als zugestellt anzusehen, wenn seit der Anheftung des Schriftstücks an die Gerichtstafel zwei Wochen verstrichen sind.

Auf die Gültigkeit der Zustellung hat es keinen Einfluß, wenn das anzuheftende Schriftstück von dem Orte der Anheftung zu früh entfernt wird.

Motive: „Der Ersatz der besprochenen ordentlichen Insinuationen durch eine öffentliche Zustellung mit der Fiktion wirklich erfolgter Behändigung ist für den Nothfall, wo keine der anderen Zustellungsformen zum Ziele führt oder führen kann, allen Gesetzgebungen bekannt (preuß. AGO. I 7 §§. 12 bis 17, 42 ff., Code de proc. Art. 69, Bayern Art. 193 Nr. 6, 194 und 206, Hannover §§. 125, 126, Württemberg Art. 245 ff., Baden §§. 243 ff., 367, Oldenburg Art. 91, Braunschweig §§. 274—277,

preuß. Entw. §§. 189 ff., hannov. Entw. §§. 171 ff., hess. Entw. Art. 243 ff., österr. Entw. §§. 179 ff., sächs. Entw. §§. 174 ff., nordd. Entw. §§. 273 ff.) Wann dieser Nothfall anzunehmen, bestimmt §. 179 des Entwurfs in einer der Natur der Sache entsprechenden Weise und in wesentlicher Uebereinstimmung mit den allegirten Legislationen.

„Unter den gegebenen Voraussetzungen ist die öffentliche Zustellung auch statthaft gegenüber Personen, deren Beitritt zu einem anhängigen Rechtsstreite veranlaßt werden soll (Streitverkündigung §§. 68 ff., 71; vgl. Württemberg Art. 251).

„Die öffentliche Zustellung ist nach dem Entwurf von der Partei nachzusuchen und nach vorgängiger causae cognitio mit oder ohne mündliche Anhörung des Petenten vom Prozeßgerichte zu bewilligen (gegen die Ablehnung des Gesuchs findet Beschwerde statt §. 506), sodann durch den Gerichtsschreiber von Amtswegen nach der Vorschrift der §§. 180 Abs. 2, 181, bezw. den vom Gerichte getroffenen besonderen Anordnungen (§. 181 Abs. 3) zu besorgen. Das geltende materielle Recht in Bezug auf die Anordnung einer cura absentis, sei es für das gesammte Vermögen oder einzelne Vermögensgegenstände des absens, wird in keiner Weise berührt (vgl. nordd. Prot. I S. 373, 374).

„Die Vorschriften der §§. 179 ff. kommen auch dann zur Anwendung, wenn im Laufe desselben Prozesses eine zweite oder fernere öffentliche Ladung derselben Partei erforderlich wird.

„In den Fällen der §§. 632, 687, 690, 708 braucht eine öffentliche Zustellung nicht zu geschehen."

1) Zu §. 186.

a) Der Aufenthalt einer **Partei** muß unbekannt sein, d. h. der in dem Rechtsstreite als Kläger oder Beklagter betheiligten Person oder, wenn sie prozeßunfähig ist, ihres gesetzlichen Vertreters, in welch' letzterem Falle §. 55 zur Anwendung kommen kann.

b) Bei unbekanntem Aufenthalte der Partei ist öffentliche Zustellung nur zulässig, wenn der Partei selbst die Zustellung zu machen wäre. Wo dieselbe durch einen Prozeßbevollmächtigten in einem anhängigen Prozesse vertreten ist, greift §. 162 Platz. Sollte der aufgestellte Prozeßbevollmächtigte ebenfalls unbekannten Aufenthalts sein, so bliebe nichts übrig, als die öffentliche Zustellung an die Partei selbst zu bethätigen, da ein Prozeßbevollmächtigter unbekannten Aufenthalts nicht als Prozeßbevollmächtigter anerkannt werden kann (vgl. §§. 74 ff., insbes. §§. 76, 81).

c) Ob der Aufenthalt der Partei unbekannt sei oder nicht, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. So äußerte sich auch Reichskanzler-

amtsdirektor von Amsberg auf eine bezügliche Anfrage in der Justizkommission (Komm.-Prot. S. 72).

d) Nach der Fassung des §. 186 möchte es scheinen, als ob bei Unbekanntsein des Aufenthaltes eines Requisiten auch eine andere als die öffentliche Zustellung möglich sei („kann . . . erfolgen"). Es wird jedoch nach dem Zusammenhang des Ganzen und nach der Natur der Dinge dieses „kann" nur in dem Sinne verstanden werden dürfen, daß dem Requirenten, der bei Unbekanntheit des Aufenthalts seines Gegners überhaupt zustellen lassen will, der Weg öffentlicher Zustellung eröffnet ist. Ein anderer Zustellungsmodus besteht für ihn nicht.

e) Ob die Voraussetzungen des §. 186 Abs. 2 gegeben sind, entscheidet wiederum das Gericht nach freiem Ermessen.

2) Zu §. 187 (vgl. §. 825):

a) Für die Anbringung des nach §. 187 Abs. 1 erforderlichen Gesuches gilt das zu §. 182 ff. Nr. 4 b Bemerkte.

b) Die Bewilligung des Gerichts erfolgt für jeden einzelnen Zustellungsfall von Neuem, also nicht für den ganzen Rechtsstreit. Prozeßgericht ist in demselben Sinne wie in §. 185 Abs. 1 zu verstehen.

c) Die Beglaubigung der Abschrift, welche an die Gerichtstafel angeheftet wird, geschieht gemäß §. 156 Abs. 2 durch den Gerichtsschreiber. Diese beglaubigte Abschrift, nicht das Original, ist auch dann anzuheften, wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll; insoferne enthält §. 187 eine von §. 156 Abs. 1 abweichende Spezialbestimmung. In welcher Weise das angeheftete Schriftstück dem etwa zur Empfangnahme sich einfindenden Requisiten auszuhändigen sei, ist unbestimmt gelassen. Die Aushändigung kann demnach wohl in jeder formlosen Art geschehen.

d) Enthält das zuzustellende Schriftstück eine Ladung, so ist die Einrückung eines Auszuges des Schriftstückes in der vorgeschriebenen Weise zu inseriren. §. 180 des Entwurfs sprach von einem Auszug der Ladung. Diese Fassung wurde auf Antrag des Abg. Dr. Bähr in die jetzige von Seiten der Justizkommission umgeändert unter besonderer Betonung der Thatsache, daß Ladung und Schriftstück, welches die Ladung enthält, keineswegs identisch seien. (Komm.-Prot. S. 72, 73.)

3) Zu §. 188:

a) Der Gegenstand des Prozesses muß nur bezeichnet werden d. h. es bedarf keiner ausführlichen Geschichtserzählung über den Prozeßgegenstand. Es genügt z. B. die Bezeichnung mit: „Darlehensforderung", „Erbrecht" u. dgl.

b) Der Antrag ist im Sinne des §. 121 Ziff. 2 zu verstehen. (Vgl. oben zu §. 121 Nr. 1 S. 403 und Nr. 2 S. 404.)

c) Fehlt dem Auszuge eines der in §. 188 aufgezählten Erfordernisse, so liegt eine giltige öffentliche Zustellung nicht vor. Daraufhin könnte daher ein Versäumnißurtheil nicht erwirkt werden. Würde der Geladene auf eine solche Zustellung hin erscheinen, so fände §. 267 Abs. 1 Anwendung.

4) Zu §. 189:

a) Die Berechnung der einmonatlichen bezw. vierzehntägigen Frist des §. 189 richtet sich nach den §§. 199 ff.

b) Der dritte Absatz des §. 189 wurde auf Beschluß der Justizkommission hinzugesetzt, um den §. 189 mit §. 826 in Einklang zu bringen. (Vgl. Komm.-Prot. S. 532 u. 74.) Die Fassung dieses Absatzes ergibt aber die Meinung des Gesetzgebers, daß an sich das angeheftete Schriftstück einen Monat, bezw. vierzehn Tage angeheftet bleiben solle.

---

§. 190. (§. 183 des Entw.)

Wird auf ein Gesuch, welches die Zustellung eines demselben beigefügten Schriftstücks mittels Ersuchens anderer Behörden oder Beamten oder mittels öffentlicher Bekanntmachung betrifft, die Zustellung demnächst bewirkt, so treten, insoweit durch die Zustellung eine Frist gewahrt und der Lauf der Verjährung oder einer Frist unterbrochen wird, die Wirkungen der Zustellung bereits mit der Ueberreichung des Gesuchs ein.

Motive: „Die Insinuation durch den Gerichtsvollzieher oder durch die Post gibt dem direkten, treibenden Einflusse der Partei auf die Raschheit der Zustelluug soweit Raum, daß es dem betreibenden Theile bei einiger Diligenz stets möglich sein wird, Fristen zu wahren oder den Lauf der Verjährung oder einer Frist zu unterbrechen, sofern dies von einer Zustellung abhängig ist (vgl. §§. 205, 206, 231, 294, 457, 490, 516, 751 u. A.).

„Anders verhält es sich in den Fällen der §§. 175—182, in denen die Partei zur Bewirkung einer Zustellung ihrerseits nichts weiter thun kann, als bei dem Gerichte ein begründetes Gesuch anzubringen, und die rechtzeitige Zustellung von prompter Rechtshülfe der Behörden und einer Anzahl zufälliger Umstände abhängig ist. Um für solche Fälle die Innehaltung von Fristen u. s. w. gegenüber dem Abwesenden überhaupt zu ermöglichen, ist die Bestimmung, daß die Wirkungen der Zustellung bereits mit dem Momente der Ueberreichung des Gesuchs eintreten sollen, unentbehrlich (vgl. hannov. Entw. §. 172, preuß. Entw. §. 193, nordd. Entw. §. 280, preuß.

Motive S. 46, hannov. Prot. S. 5083, 5084). Der Entwurf knüpft jedoch diese Folge, mit Rücksicht auf die sehr erheblichen materiellen Wirkungen, welche die bewirkte Zustellung für die Requisiten äußert (vgl. u. A. §. 231 und Einf.-Ges. §. 13 Abs. 3), an die Bedingung, daß die Zustellung demnächst auch wirklich ausgeführt wird, läßt also nur eine Rückwirkung auf den Moment der Gesuchsüberreichung eintreten. Der betreibende Theil wird dadurch nicht schlechter gestellt. In Fällen, wo dem Gegner thatsächlich nicht behändigt werden kann, z. B. weil sein Aufenthalt unbekannt ist, wird der Bedingung des §. 183 durch öffentliche Zustellung genügt werden können, denn nach Ablauf der Fristen des §. 182 steht die öffentliche Zustellung der thatsächlich erfolgten Behändigung in ihrer Wirkung durchaus gleich."

1) Zustellung mittelst Ersuchens anderer Behörden oder Beamten ist die durch Vermittelung des Gerichtsschreibers nicht. Der Paragraph 190 bezieht sich nur auf die Zustellungen nach §§. 182 ff. Es wurde in der Justizkommission vergeblich von dem Abg. Dr. Bähr versucht, eine ähnliche Bestimmung für alle Zustellungen durch den Gerichtsvollzieher und unter Vermittelung des Gerichtsschreibers herbeizuführen. (Komm.-Prot. S. 65—69).

2) Die Rückwirkung der Zustellung nach §. 190 erstreckt sich nur auf die Wahrung von Fristen und die Unterbrechung von Fristen oder Verjährungen.

3) Erfolgt die Zustellung demnächst nicht, so bleibt der Requirent auf die Wiedereinsetzung unter deren Voraussetzungen angewiesen (s. u. §. 211 und §. 213).

Dritter Titel.

Ladungen, Termine und Fristen.

§. 191. (§. 184 des Entw.)

Die Ladung zu einem Termin erfolgt durch die Partei, welche über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln will.

Ist mit der Ladung zugleich eine Klageschrift oder ein anderer Schriftsatz zuzustellen, so ist die Ladung in den Schriftsatz aufzunehmen.

§. 192. (§. 185 des Entw.)

In Anwaltsprozessen muß die Ladung zur mündlichen Ver-

handlung, sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, die Aufforderung an den Gegner enthalten, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen.

§. 193. (§. 186 des Entw.)

Die Ladung ist zum Zwecke der Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber einzureichen.

Die Bestimmung der Termine erfolgt binnen vierundzwanzig Stunden durch den Vorsitzenden.

Auf Sonntage und allgemeine Feiertage sind Termine nur in Nothfällen anzuberaumen.

Motive: „Die §§. 184, 186 enthalten die Ausführung der in der allgemeinen Begründung §§. 9, 10 hervorgehobenen Grundsätze:

I. Die Ladungen zu den Terminen d. i. die Aufforderungen an den Gegner, an Streitgenossen und an sonstige bei dem Rechtsstreite betheiligte Personen (Intervenienten, Litisdenunziaten u. s. w.), in dem Termine zu erscheinen, erfolgen durch die Parteien unter Beobachtung der Bestimmungen des vorigen Titels mit der vollen Wirkung der bisherigen gerichtlichen Ladung — §. 184 Abs. 1. —

II. Die Termine werden durch den Vorsitzenden des Gerichts bestimmt — §. 186 Abs. 2, §. 123 Abs. 3. —

„Beide Grundsätze unterliegen Modifikationen.

„1) Von der allgemeinen Vorschrift der richterlichen Terminsbestimmung konnte bei Regelung des Verfahrens vor den Amtsgerichten aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit abgewichen werden — §. 442.

„2) Will eine Partei über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln, so hat sie zu laden. Die Ladung ist bei dem Gerichtsschreiber einzureichen, jedoch nur „zum Zwecke der Terminsbestimmung" (§§. 186 Abs. 1, 225). Eine sachliche Prüfung des Inhalts der Schriftsätze, in welche eine Ladung aufgenommen ist (§. 184 Abs. 2), zu dem Zwecke, formell oder materiell offenbar unbegründete Gesuche a limine zurückzuweisen, würde dem Mündlichkeitsprinzip widerstreiten, da nach diesem lediglich das mündliche Vorbringen in der Gerichtssitzung entscheidend ist. Von diesem prinzipiellen Standpunkte aus erschien die Vorschrift des nordd. Entw. (§. 218), daß die von einer Partei nachgesuchte Bestimmung des Termins zu einer mündlichen Verhandlung nicht verweigert werden kann, selbstverständlich und darum entbehrlich (vgl. nordd. Prot. I S. 349). Die Mitwirkung des Gerichts zur Einleitung des

Rechtsstreits ist sonach eine nur formelle. Hiervon waren jedoch Ausnahmen bei dem Verfahren in Ehe-, Entmündigungs- und Aufgebotssachen nothwendig [1]).

„Der Gerichtsschreiber hat die Ladung dem Vorsitzenden (Amtsrichter) bezw. dem ersuchten oder beauftragten Richter (§. 200) so zeitig vorzulegen, daß die Notirung des Termins auf derselben binnen 24 Stunden erfolgen und demnächst die Ladung von der betreffenden Partei wieder abgefordert werden kann. — §. 186 Abs. 2. — Die Zustellung der Klage oder eines anderen Schriftsatzes (Einspruchs-, Rechtsmittelschrift ꝛc.) ohne Ladung ist so wenig wie eine Ladung zu einem nicht bestimmten Termine von rechtlicher Bedeutung für den Gegner.

„Bei Anberaumung des Termins hat der Vorsitzende die konkreten Umstände, die gesetzlichen Minimalfristen (vgl. §§. 119, 187, 226, 235, 437, 440, 443, 460, 463, 493, 495, 543, 589 ꝛc.), sowie etwaige besondere Anträge der ladenden Partei (vgl. §. 197) in Berücksichtigung zu ziehen.

„3) Zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen (Urtheilen, Beschlüssen, Verfügungen) bestimmt sind, ist eine Ladung nicht erforderlich — §. 188 (vgl. norbd. Entw. §. 215). Die Verkündung des Termins in der mündlichen Verhandlung ersetzt die Ladung — ohne Rücksicht darauf, ob bei der Verkündung die eine oder die andere Partei oder ob beide Parteien abwesend waren (§§. 273, 284 Abs. 2). Hiervon mußte aus nahe liegenden Gründen in den Fällen der §§. 290 Abs. 1, 292, 306 Abs. 1, 555 Abs. 2 [2]) abgewichen werden: trotz der Verkündung der Terminsbestimmung hat in diesen Fällen die erschienene Partei die nicht erschienene Gegenpartei zu dem neuen Termine zu laden.

„4) Wird ein Termin von Amtswegen anberaumt oder verlegt, ein ausgesetztes oder geschlossenes Verfahren von Amtswegen aufgenommen oder wieder eröffnet, ohne daß der Verhandlungstermin verkündet worden ist, so wird der letztere den Parteien mittelst Zustellung des betreffenden Beschlusses oder der betreffenden Verfügung von Amtswegen bekannt gemacht (§. 284 Abs. 3). In den Beschluß oder in die Verfügung muß das Formale der Ladung, die Aufforderung zum Erscheinen in dem Termine aufgenommen werden: die Ladung erfolgt in diesen Fällen nicht durch die Parteien, sondern von Amtswegen (arg. §. 188).

„Unter der Voraussetzung, daß eine Verkündung der Terminsbestimmung nicht stattgefunden hat, zählen hierher z. B. die Fälle der §§. 307, 316, 321, 323, 325, 133, 134, 136 [3]).

---

[1]) Vgl. §§. 570, 597 Abs. 2, 824 Abs. 2.

[2]) Vgl. noch CPO. §§. 611 Abs. 1, 620 Abs. 4, 624 Abs. 4, 626 Abs. 4.

[3]) Hieher gehört noch §. 7 des EG. zur CPO.

5) „Die Ladung von Zeugen und Sachverständigen zur gerichtlichen Abhörung erfolgt nicht durch die Parteien, sondern von Amtswegen — §§. 331, 354.

„Spezielle Erfordernisse der Ladung vorzuschreiben (nordd. Entw. §§. 184, 209), hat der Entwurf für entbehrlich erachtet, weil sie sich mit Rücksicht auf den Zweck der Ladung, den Gegenstand des Termins, zu welchem geladen wird, und die Person des Ladenden im einzelnen Falle von selbst ergeben; hervorgehoben ist als obligatorisch nur die Aufforderung zur Anwaltsbestellung. Bei der Neuheit des Anwaltszwanges in einer Anzahl deutscher Länder hat die Aufforderung zur Anwaltsbestellung in jeder Ladung, mit der ein Rechtsstreit oder eine neue Phase des Rechtsstreites eingeleitet wird, eine erhebliche praktische Wichtigkeit, so oft die Zustellung der Ladung an eine Partei, nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt."

1) Zu §. 191:

a) Fälle von Zwischenstreiten finden sich z. B. in den §§. 68, 126, 131, 336, 352.

b) Außer der Klagschrift (§. 230) sind mit der Ladung zuzustellen die Berufungs- und Revisionseinlegung (§§. 479, 515), die Einlegung des Einspruchs (§. 305), der Schriftsatz, durch den Berichtigung des Thatbestandes im Urtheil beantragt wird (§. 291 Abs. 3). Ladungen, welche ohne Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen, sind z. B. die in den §§. 60, 221, 228, 329 Abs. 3, 452 vorgesehenen.

c) Die einfache Ladung (ohne gleichzeitige Zustellung eines Schriftsatzes) stellt sich in folgender Form dar: „Zu dem von dem Herrn Vorsitzenden des kgl. Landgerichts Y festgesetzten Termin vom 20. Juli 1880 Vormittags 9 Uhr im Geschäftszimmer Nr. 9 des kgl. Landgerichts Y behufs Wiederaufnahme des Verfahrens in Sachen A gegen B wegen Forderung lade ich Herrn C als Vormund des B hiemit vor." (§. 221 vgl. oben die Motive Z. 3 v. o.)

d) Die Vorschrift des §. 191 gilt gleichmäßig für den Anwalts- wie für den Parteiprozeß, nur mit dem Unterschiede, daß in dem ersten der Anwalt, in dem letzteren die Partei selbst zu laden hat, falls sie nicht durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist. In keinem Falle gehört die Fertigung der Ladung selbst zur Aufgabe des Zustellungsbeamten (Gerichtsvollziehers), der sich vielmehr lediglich auf die Zustellung der Ladungsurkunde zu beschränken hat. Hiedurch unterscheidet sich insbesondere im Parteiprozeß der deutsche Civilprozeß von der bayr. CPO. (Art. 101 Abs. 1.)

e) Gegen die Auffassung der (oben abgedruckten) Motive (S. 536 Nr. 4 a. E.), wonach die Fälle der §§. 133, 134 des Entwurfs (§§. 139, 140 der CPO.) zu denjenigen gezählt werden, in welchen eine Offizialladung

zu erfolgen hat, wenn der Terminsfestsetzungsbeschluß des Gerichts nicht verkündet wurde, sind bereits von hervorragender Stelle Bedenken erhoben worden: Puchelt (Kommentar I. Abth. S. 469 Nr. 3) meint (unter Hinweis auf Wach, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 15 S. 342), daß bei Wiederaufnahme eines nach §§. 139 oder 140 ausgesetzten Verfahrens das Gericht wohl den Wiederaufnahmebeschluß (§. 141) fassen und den Parteien von Amtswegen zustellen lassen könne, nicht aber zu einer Terminsfestsetzung von Amtswegen berechtigt sei, weil zufolge des §. 227 die Wiederaufnahme durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolge, der erst auf Parteibetrieb zum Zwecke der Terminsfestsetzung bei der Gerichtsschreiberei einzureichen sei (§. 193). Dem gegenüber ist zuzugeben, daß dann, wenn eine Partei die Wiederaufnahme eines nach §§. 139, 140 ausgesetzten Verfahrens beantragen will, sie dieß in der erwähnten Weise thun muß, weil sie dann in der That „über die Hauptsache mündlich verhandeln will" (§. 191 Abs. 1). Allein dieß schließt nicht aus, daß das Gericht selbst in Anwendung des §. 141 die Wirkungen der Aussetzung beseitigen und die Verhandlung fortsetzen will. Hiezu kann es sofort Termin bestimmen, wozu der betreibende Theil — nach geschehener Zustellung von Amtswegen — zu laden hat, denn es ist in §. 141 das Gericht durchaus nicht in der Art und Weise beschränkt, wie es die Aussetzungsanordnung wieder aufheben will. Sind in diesem Falle die Parteien nicht geneigt, die Verhandlung wieder aufzunehmen, dann allerdings ruht das Verfahren (§. 228 Abs. 2). Ohne Zweifel ist aber die Offiziallladung der weit einfachere Weg zur Wiederaufnahme, falls diese auch den Parteien opportun ist. Mit nicht minderem Rechte nehmen die Motive die Zulässigkeit bezw. Nothwendigkeit der Offiziallladung in den Fällen der §§. 326 und 333 an, wenn der Festsetzungsbeschluß nicht verkündet ist. Sie berufen sich zutreffend auf das Argumentum e contrario aus §. 188 des Entw. (§. 195 d. CPO.). Wenn dort nemlich von Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen bestimmt sind, gesagt wird, daß eine Ladung der Parteien zu diesen Terminen nicht erforderlich sei, so folgt doch wohl für Terminsbestimmungen in nicht verkündeten Entscheidungen das Gegentheil. Da nun aber beispielsweise der Zeugenvernehmungstermin kein Termin zur mündlichen Verhandlung ist, so kann auch der betreibende Theil nicht die Ladung zum Zwecke der Terminsbestimmung einreichen (§. 193), er kann überhaupt gemäß §. 191 Abs. 1 nicht laden. Wie anders also sollten dann die Parteien geladen werden, als von Amtswegen?

Ein weiteres Bedenken (Puchelt a. a. O. S. 470 Nr. 4. Wach a. a. O. S. 340) geht dahin, daß eine Ladung auf Parteibetrieb im Grunde überall da nicht erfordert werden dürfe, wo der Vorsitzende (nicht in der mündlichen Verhandlung) einen Termin bestimmt (arg. §§. 195, 294 Abs. 3,

193 Abs. 2). Allein daß dieß nicht die Meinung des Gesetzgebers sein kann, ergibt sich zur Genüge aus §§. 230, 479, 515, 228 Abs. 2, 452 u. a. m. Unter den Beschlüssen und Verfügungen im Sinne des §. 294 hat man sich lediglich solche Anordnungen zu denken, welche zwischen den Parteien d. h. an beide Parteien ergehen. (vv. „den Parteien" in §. 294 Abs. 3.)

Endlich kann auch ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß die in §§. 300 Abs. 2, 302, 316 Abs. 1, 578 Abs. 2, 611 vorgeschriebenen Ladungen auf Parteibetrieb zu geschehen haben. Denn §. 294 Abs. 3 trifft für diese Fälle deßhalb nicht zu, weil es sich um verkündete Beschlüsse handelt und zudem soll hier zur mündlichen Verhandlung geladen werden, was nach §. 191 Abs. 1, soweit das Gesetz nicht ausnahmsweise anders verfügt (§. 317), auf Betreiben der Parteien geschehen muß.

2) Zu §. 192:

a) An einen Rechtsanwalt erfolgt die Zustellung der Schriftsätze, durch welche Rechtsmittel eingelegt werden in Gemäßheit des §. 164 (vgl. hiezu §. 8 des EG. zur CPO.).

b) Eine Bestimmung darüber, in welcher Frist die aufgeforderte Partei einen Rechtsanwalt aufstellen bezw. dem Gegenanwalte die Aufstellung anzeigen müsse, enthält das Gesetz nicht. (Anders Bayern Art. 226 Abs. 2.)

c) Die Aufforderung zur Anwaltsbestellung hat bei allen im Anwaltsprozeß sich ergebenden Ladungen an die Gegenpartei in Person zu geschehen (§§. 230, 479, 515, 217 Abs. 2, 221 Abs. 2, 227, 804 Abs. 2 815, 466, 467). Der aufzustellende Anwalt muß bei dem Prozeßgerichte (§. 185 Abs. 1) zugelassen und dieses Erforderniß in der Aufforderung hervorgehoben sein. Unter welchen Voraussetzungen ein Anwalt beim Prozeßgerichte zugelassen ist, bestimmt die Rechtsanwaltsordnung. Fehlt der Ladung die Aufforderung, so ist sie nicht ordnungsmäßig, weßhalb gegen den nichterscheinenden Gegner kein Versäumnißurtheil verlangt werden kann. (§. 300 Ziff. 2.)

3) Zu §. 193:

a) Die Absätze 1 und 2 dieses Paragraphen enthalten die Signatur der Prozeßeinleitung für das neue Verfahren und unterscheiden dasselbe scharf von dem französischen und bezw. bayerischen System. Hier wurde im Anwaltsprozesse das Gericht mit dem Rechtsstreite nicht früher befaßt, als die Ladung unter den Anwälten zugestellt und die Schriftsätze gewechselt waren. Die Ladung geschah auf Grund der Anmeldung der Sache zum Hauptverzeichnisse des Gerichtsschreibers, aus welchem die in einer Woche angemeldeten Sachen in die öffentlich anzuheftende Wochentabelle übertragen und an einem ein für allemal durch den Gerichtsvorstand bestimmten Wochen-

tage in der Sitzung zum Aufrufe gebracht wurden. In dieser Sitzung hinterlegten die Anwälte die Schriftsätze bei Gericht und vereinbarten unter Mitwirkung des Vorsitzenden den Verhandlungstag, zu dem dann keine Ladung weiter erfolgte.

Die Terminsbestimmung durch den Vorsitzenden ohne Einflußnahme der Anwälte, wie sie die CPO. vorschreibt, setzt wenigstens prinzipiell die strenge Lokalisirung der Anwälte bei bestimmten einzelnen Gerichten voraus, damit der aufgestellte Anwalt, der nur bei einem bestimmten Gerichte thätig ist, stets in der Lage ist, in dem bestimmten Termine zu erscheinen. Diese Lokalisirung der Anwälte ist nunmehr im Wesentlichen in der Rechtsanwaltsordnung durchgeführt.

b) Der „Vorsitzende" ist nicht gleichbedeutend mit „Gerichtsvorstand", bezeichnet vielmehr denjenigen, welchem zufolge der gerichtsverfassungsmäßigen Geschäftsvertheilung der Vorsitz in der Civilkammer zukommt, vor welche die Ladung zu erfolgen hat. (§§. 61, 62 des GVG.) Im amtsgerichtlichen Verfahren ist der Amtsrichter, vor welchen zu laden ist, der Vorsitzende im Sinne des §. 193.

c) Gegen eine Weigerung des Vorsitzenden, den Termin zu bestimmen, wäre die Partei zur Beschwerde (§. 530) berechtigt.

Die Nothwendigkeit der Geschäftsvertheilung wird dazu führen, daß für jede Verhandlung eine bestimmte Tagesstunde als Termin fixirt wird (Komm.-Prot. S. 532). Doch hindert den Vorsitzenden wenigstens eine gesetzliche Bestimmung nicht, den Termin auf „Vormittag" oder „Nachmittag" ganz allgemein anzusetzen, für welchen Fall das Ende des Termins sehr zweifelhaft erscheint, da das Gesetz sich nicht darüber äußert. (Dagegen Bayern Art. 207.) Verwerflich ist die — bei den Handels- und Einzelgerichten in Bayern sehr allgemeine — Uebung, alle Sachen auf dieselbe Stunde anzusetzen, weil dadurch die Parteien gezwungen sind, Stunden lang unthätig auf ihre Verhandlung zu warten.

d) Der betreibende Theil muß die bei der Gerichtsschreiberei eingereichte Ladung nach erfolgter Terminsbestimmung abholen, sie wird ihm nicht von Amtswegen zugestellt (vgl. oben Nr. 1 g a. E.). Nur da, wo Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, hat dieser sofort für die Zustellung der Ladung zu sorgen, falls nicht die Partei einen gegentheiligen Wunsch erklärt (§§. 152, 154, 458, 462).

e) Als eine Ausnahme von der Regel des §. 193 erscheint §. 461 für das amtsgerichtliche Verfahren.

f) Ueber den Begriff der allgemeinen Feiertage vgl. oben zu §. 171 Nr. 7 a.

§. 194. (§. 187 des Entw.)

Die Frist, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen soll (Ladungsfrist), beträgt in Anwaltsprozessen mindestens eine Woche, in anderen Prozessen mindestens drei Tage, in Meß- und Marktsachen mindestens vierundzwanzig Stunden.

Motive: „Von den Fristen des Entwurfs sind hervorzuheben:

1) Einlassungsfristen, d. h. diejenigen Zeiträume, welche zwischen der Zustellung der Klageschrift bezw. Berufungs- und Revisionsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen sollen: (§§. 226, 440, 460, 493, 543 Abs. 2[1]);

2) Ladungsfristen, d. h. Fristen, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen sollen: (§§. 187, 437, 443, 589);

3) Fristen, welche die Zustellung vorbereitender Schriftsätze regeln:

   für die Klagebeantwortung, Beantwortung der Berufungs- und Revisionsschrift: (§§. 235, 463, 495); für sonstige vorbereitende Schriftsätze: (§§. 119, 236 Abs. 2);

4) Nothfristen (Fatalien). Als solche bezeichnet der Entwurf die Fristen:

   zur Einlegung des Einspruchs (§. 294), der Berufung, der Revision, (§§. 457, 490), der sofortigen Beschwerde (§. 516 Abs. 2), zur Erhebung der Restitutions- und Nullitätsklage (§. 525), der Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurtheil (§. 780) und gegen einen Schiedsspruch (§. 811).

5) Gesetzliche und richterliche Fristen.

„Richterliche Fristen werden von dem Richter gegeben, die Dauer der Frist mag durch das Gesetz genau begrenzt oder ihre Bemessung dem richterlichen Arbitrium innerhalb gewisser Schranken überlassen sein; dahin gehören u. A. die Einlassungs-, Ladungs- und die zur Vorbereitung durch Schriftsätze bestimmten Fristen[2]). Gesetzliche Fristen werden nicht durch Verfügung des Richters in Lauf gesetzt, sondern ihr Beginn knüpft sich kraft Gesetzes unmittelbar an ein bestimmtes prozessualisches Ereigniß (z. B. die Zustellung eines Parteischriftstücks; vgl. Motive zum württ. Entw. Art. 261, 262

---

[1]) S. außerdem GVG. §. 102.

[2]) S. jedoch unten Nr. 1.

S. 237 ff.). Dahin gehören sämmtliche Nothfristen, die Fristen für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§. 205), auf Berichtigung des Thatbestandes (§. 281), Ergänzung des Urtheils (§. 282), für Erhebung des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl (§§. 585, 587) u. a. Der innere Unterschied beider tritt in den Vorschriften über die Zulässigkeit ihrer Erstreckung und Abkürzung (§§. 195, 197) in die Erscheinung.

„Was insbesondere die Einlassungs- und Ladungsfristen anlangt, so haben für den Fall, daß die Gegenpartei im Auslande wohnt, verschiedene Legislationen bestimmte Zusatzfristen gesetzlich normirt. Eine generelle und feste Bestimmung von Zusatzfristen — die nothwendig komplizirt ausfallen muß (vgl. z. B. bayr. Proz.-Ordn. Art. 209), — empfiehlt sich indessen weniger, als die Anordnung, bei gewissen speziellen Fristen, bei denen ein Bedürfniß für die Verlängerung in Ausnahmefällen besteht, die Bestimmung dem Richter zu überlassen (hannov. Prot. S. 307 ff., 313, 5156 ff.), wie nach dem Vorgange der genfer und hannov. Prozeßordnung der Entwurf in den §§. 226, 294, 440, 460, 493 gethan hat. Rücksichtlich der Ladungsfrist liegt ein Bedürfniß nach Zusatzfristen aber überhaupt nicht vor, weil die Vorschriften der §§. 195, 198, 199 über Fristverlängerung und Terminsverlegung ausreichend sind".

1) Unter Fristen versteht man ganz allgemein die Zeiträume für die Vornahme einzelner Handlungen im Prozesse ohne Unterschied, ob Handlungen der Parteien, dritter Privatpersonen oder des Gerichts in Frage stehen. (Renaud, Lehrbuch §. 84.) Man unterscheidet dieselben in gesetzliche, richterliche und vereinbarte. Die Unterscheidungsmerkmale zwischen den beiden erstgenannten Arten sind in den Motiven bezeichnet. Wenn dort als Beispiele der richterlichen Fristen die Ladungs-, Einlassungsfristen und die Fristen, welche zur Vorbereitung durch Schriftsätze dienen, erwähnt sind, so ist dieß allerdings unzutreffend; gerade diese Fristen werden nämlich nicht durch den Richter, sondern durch Rechtssatz bestimmt. Die Thätigkeit des Richters beschränkt sich darauf, einen Termin zu fixiren, mit Rücksicht auf welchen kraft Gesetzes sich im einzelnen Falle die Ladungs-, Einlassungs- und Vorbereitungsfrist bemißt. Daß dieß die Auffassung des Gesetzgebers war, folgt, wie Struckmann-Koch (Kommentar §§. 198—201 Nr. 1) mit Recht ausführt, aus dem Zusammenhalte von §. 202 Abs. 2 und §. 204 Abs. 1. Der erstere schreibt vor, daß gesetzliche Fristen auf Antrag nur in den besonders bestimmten Fällen abgekürzt oder verlängert werden dürfen, richterliche dagegen in allen Fällen; §. 204 Abs. 1 bestimmt nun ganz speziell, daß eine Verkürzung von Einlassungs-, Ladungs- und solchen Fristen,

welche für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmt sind, zulässig sei. Soll demnach §. 204 Abs. 1 nicht etwas gänzlich Ueberflüssiges anordnen, so müssen die hier genannten Fristen als gesetzliche angesehen worden sein. In der Justizkommission berührte der Abg. Struckmann diese Frage bei Berathung des §. 197 des Entwurfs (= §. 204 d. CPO.). Direktor von Amsberg beantwortete die diesbezügliche Interpellation mit der Erklärung, daß es wegen (angeblicher) Unsicherheit der Definition von gesetzlicher und richterlicher Frist der Doktrin überlassen bleiben solle, festzustellen, ob die genannten Fristen zu der einen oder anderen Kategorie gehörten. (S. auch Lothar Seuffert, Kommentar §. 194 Nr. 2.) Vereinbarte Fristen kennt die CPO. nur insoweit, als die Parteien gesetzliche oder richterliche Fristen durch Vereinbarung verkürzen und verlängern können (§. 202 Abs. 1).

In allen Fällen können die Fristen entweder von einem gewissen Tage vorwärts oder von einem gewissen Tage rückwärts gerechnet werden. Ersteres wird die Regel sein, für Letzteres s. z. B. §§. 194, 123, 213, 234 Abs. 2, 481, 517.

Der gemeinrechtliche Unterschied zwischen peremptorischen und dilatorischen Fristen ist der CPO. unbekannt (vgl. Renaud a. a. O.); für alle Fristen gilt der Grundsatz des §. 208. Dagegen kennt das Gesetz den Begriff der Nothfristen, die sich von den gewöhnlichen Fristen wesentlich dadurch unterscheiden, daß sie nicht verkürzt noch verlängert werden können (§. 202 Abs. 1 und 2 im Zusammenhalte mit §§. 304, 477, 514, 540 Abs. 2, 549, 835, 870, so auch der Gemeine Prozeß, s. Wetzell, System 3. Aufl. S. 935, §. 68).

Auch das ist eine Eigenthümlichkeit der Nothfristen, daß nur gegen ihre Versäumung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich ist (§. 211).

2) Die in den Motiven enthaltene Aufzählung von gesetzlichen Fristen ist nicht erschöpfend. Das Gesetz enthält außer diesen noch folgende gesetzliche Fristen:

Die Frist zur Einreichung des Kostenverzeichnisses nach §. 100, zur Einsicht der auf der Gerichtsschreiberei niedergelegten Urkunde §. 125 Abs. 2, zur Berechnung des Zeitpunktes, in welchem die öffentliche Zustellung bezw. Ladung als bewirkt gilt §. 189, zur Terminsbestimmung durch den Vorsitzenden §. 193 Abs. 2, für Abgabe des vollständig abgefaßten Urtheils an den Gerichtsschreiber §. 286 Abs. 2, zur Aushängung des Urtheilsverzeichnisses §. 287, zur Einforderung der vorinstanziellen Prozeßakten durch den Gerichtsschreiber des Berufsgerichtes §. 506 Abs. 1, des Revisionsgerichtes §. 529, für Erhebung der Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluß §§. 605, 624, für die Erhebung der Hauptklage, um die Wirkung

der Rechtshängigkeit eines Zahlungsbefehls zu erhalten, gegen den Widerspruch erhoben wurde §. 637, für das Gesuch um Erlassung des Vollstreckungsbefehls zu dem gleichen Zwecke §. 641, für die Vornahme der Versteigerung gepfändeter Gegenstände §. 717, zur Erklärung des Drittschuldners auf die Pfändung einer Forderung §. 739, für Einreichung der Forderungsberechnung im Vertheilungsverfahren §. 759 und zur Bestimmung des Zeitpunktes, in welchem der Vertheilungsplan anzufertigen ist §. 760, zur Niederlegung des Theilungsplanes auf der Gerichtsschreiberei §. 761, zum Nachweise für einen den Theilungsplan widersprechenden Gläubiger, daß er gegen die betheiligten Gläubiger Klage erhoben habe §. 764, für die Dauer der Haft als Vollstreckungsmittel §. 794, für den Aufgebotstermin §. 827, für den Antrag auf Festsetzung eines neuen Aufgebotstermins §. 831, für den Aufgebotstermin bei Verlust von Werthpapieren §§. 843, 844, 846, 847, zur Bezeichnung des Schiedsrichters §§. 855, 857. Die Konkursordnung kennt als gesetzliche Fristen die Ausschlußfrist §§. 140 ff., die Frist zur Aenderung des Vertheilungsverzeichnisses §. 145 und die Frist für Erhebung von Einwendungen gegen das Vertheilungsverzeichniß (cf. v. Völderndorff, Kommentar zur Konkursordnung II. Abtheilung S. 376 c. 393 ff.).

Hieher gehört auch wohl die in §. 213 erwähnte Minimalfrist von 3 Tagen (s. u. zu §§. 199, 200 Nr. 2 a. VI).

Die in der CPO. erwähnten richterlichen Fristen sind folgende:

Die Frist für Beibringung der Vollmacht des ohne Vollmacht zur Prozeßführung zugelassenen Vertreters §. 85, zur Leistung der Sicherheit für die Prozeßkosten §. 105, die Ladungsfrist bei Wiederaufnahme des wegen Todes der Partei unterbrochenen Verfahrens §. 217 Abs. 3, zur Aufstellung eines neuen Anwalts Behufs Wiederaufnahme des durch den Tod eines Anwalts unterbrochenen Verfahrens §. 221 Abs. 2, die Einlassungsfrist auf Zustellungen im Auslande §§. 234 Abs. 2, 481, 517, 459 Abs. 2, zur Zustellung vorbereitender Schriftsätze, welche wegen ungenügenden Inhalts der Klagschrift oder Klagebeantwortung nothwendig werden §. 245 Abs. 2, für die Einspruchsfrist gegen ein im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung zuzustellendes Versäumnißurtheil §. 304 Abs. 2, zur Aufnahme des Beweises, wenn derselben ein Hinderniß von unbestimmter Dauer entgegensteht §. 321, zur Niederlegung der über die Beweisaufnahme im Auslande Seitens des Beweisführers beizubringenden öffentlichen Urkunde des fremden Staates auf der Gerichtsschreiberei §. 329, für Hinterlegung eines Kostenvorschusses zur Deckung der Staatskassa wegen der durch die Vernehmung eines Zeugen erwachsenden Auslagen §. 344, zur Herbeischaffung der in den Händen eines Dritten befindlichen Beweisurkunde §. 393, zur

Beibringung der Entscheidung des Prozeßgerichts nach §§. 686, 687 in den Fällen des §. 688, der Entscheidung nach §. 690 Abs. 1 im Falle des §. 690 Abs. 3, der Entscheidung des Vollstreckungsgerichts im Falle des §. 710 Abs. 4, zur Klagestellung nach Erlassung eines Arrestbefehls, wenn die Hauptsache nicht anhängig ist §. 806, zur Vorladung in die mündliche Verhandlung des Gerichts der Hauptsache, wenn der Amtsrichter eine einstweilige Verfügung erläßt. §. 820 Abs. 1.

Außer diesen im Gesetze speziell benannten richterlichen Fristen können vom Richter noch in vielen anderen Fällen Fristen vorgesetzt werden, überall da nämlich, wo der Richter zur Anordnung prozessualer Handlungen überhaupt ermächtigt ist; hier kann er nämlich auch Handeln binnen einer bestimmten Frist vorschreiben. (Vgl. §§. 133, 134, 536 Abs. 2.)

Die gesetzlichen Fristen sind bald Nothfristen, bald einfache Fristen (s. Motive Ziff. 1—4). Die richterlichen Fristen sind mit Ausnahme einer einzigen, welche Nothfrist ist — §. 304 Abs. 2 —, einfache Fristen.

Eine gesetzliche Frist eigenthümlicher Art ist in §. 281 gesetzt, wonach das Gericht innerhalb einer bestimmten Frist das Urtheil verkünden soll — nicht muß.

Endlich ist als eine weder zu den gesetzlichen, noch zu den richterlichen noch zu den vereinbarten gehörige Frist hervorzuheben, welche in §. 126 vorgesehen ist. Ganz abweichend von dem Fristensystem des Gesetzes wird diese Frist von der einen Partei der anderen bestimmt. Im letzten Grunde könnte man eine gesetzliche Frist darin insoferne erblicken, als das Gesetz hier den Lauf der Frist an die Bestimmung der einen Partei anknüpft.

3) Die Ladungsfrist kann, da sie nicht Nothfrist ist, abgekürzt werden (§§. 202 Abs. 1, 204 Abs. 1). Sie setzt stets eine anhängige Sache voraus. (Vgl. zu §. 138 oben S. 441 ff. Nr. 1 a.) Ladung in einer anhängigen Sache sind beispielsweise nothwendig nach §§. 68, 73 Abs. 1, 217 Abs. 2, 221 Abs. 2, 227, 300 Abs. 2, 302, 316 Abs. 1, 329 Abs. 3 636 ꝛc.

4) Meß- und Marktsachen sind in §. 30 definirt (s. o. zu §. 30 Nr. 2 S. 136).

5) Zur Bemessung der Ladungsfrist bei Ladungen durch öffentliche Zustellung ist die Bestimmung des §. 189 Abs. 1 zu beachten. Danach beginnt die Frist, welche zwischen Ladungszustellung und Termin in Mitte liegen soll, erst mit dem Ablauf eines Monats nach Einrückung der Ladung in die öffentlichen Blätter. Im Falle der §§. 217 oder 223 steht die Bestimmung der Ladungsfrist vollständig im Ermessen des Vorsitzenden. (Vgl. noch §. 8 Abs. 1 der Konkursordnung.)

6) Die Vorschrift des §. 194 ist keine absolute, es soll nur die

Ladungsfrist gewahrt werden. Rechtsnachtheile in der Sache selbst hat daher die Nichteinhaltung der Ladungsfrist nicht zur Folge. Nur Vertagung auf Kosten des Fehlenden kann verordnet werden (§. 90). Nach §. 300 Ziff. 2 kann gegen den nicht ordnungsmäßig Geladenen, wenn er nicht erscheint, überdieß kein Versäumnißurtheil erwirkt werden.

7) Die Ladungsfrist des §. 194 wird nicht wohl auf Zeugen- und Sachverständigenladungen angewendet werden dürfen; denn diese erfolgen von Amtswegen (§. 342 vgl. §. 367), während die §§. 191 ff. von den Ladungen auf Parteibetrieb handeln. Demnach wird zur „ordnungsmäßigen“ Ladung eines Zeugen oder Sachverständigen (§. 345 Abs. 1) die Einhaltung der in §. 194 vorgeschriebenen Fristen nicht nöthig sein.

---

§. 195. (§. 188 des Entw.)

Zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen bestimmt sind, ist eine Ladung der Parteien nicht erforderlich.

§. 196. (§. 189 des Entw.)

Die Termine werden an der Gerichtsstelle abgehalten, sofern nicht die Einnahme eines Augenscheins an Ort und Stelle, die Verhandlung mit einer am Erscheinen vor Gericht verhinderten Person oder eine sonstige Handlung erforderlich ist, welche an der Gerichtsstelle nicht vorgenommen werden kann.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern sind nicht verpflichtet, persönlich an der Gerichtsstelle zu erscheinen.

Vgl. die Motive zu §§. 191—193 Ziff. 3, die Bemerkungen hiezu Nr. 1 e gegen Ende und oben zu §. 132 Nr. 5.

1) Zu diesem Paragraphen bemerkt Puchelt (Kommentar I. Abth. S. 474) mit Recht, daß er seine eigentliche Bedeutung in der Zulassung der Ausnahmen habe, die er von der selbstverständlichen Regel, daß die Termine an der Gerichtsstelle abgehalten werden, aufstelle. Gerichtsstelle ist der Raum bezw. der Inbegriff von Räumen, worin das Gericht seine regelmäßige Thätigkeit vollzieht. Was die in Abs. 1 genannten Ausnahmen anlangt, so ist zu betonen, daß abgesehen vom Augenschein an Ort und Stelle und von dem Verhandeln mit einer am Erscheinen verhinderten Per-

son, sonstige gerichtliche Handlungen nur im Falle der Unmöglichkeit ihrer Vornahme an der Gerichtsstelle außerhalb derselben vorgenommen werden dürfen. Zu diesen sonstigen Handlungen wären etwa zu zählen: Eidesabnahme, Zeugen und Sachverständigenvernehmung. Deren Vornahme an der Gerichtsstelle wird aber wohl kaum jemals unmöglich sein.

2) Die Bestimmung des zweiten Absatzes gilt nicht etwa blos innerhalb des Staatsgebietes des einzelnen Landesherren für diesen und die Mitglieder seiner Familie, sondern für alle deutschen Landesherren und die Mitglieder ihrer Familien in allen Bundesstaaten. (§. 5 des EG. z. GVG. und die Motive hiezu S. 211.)

Von praktischer Bedeutung wird dieses Privilegium in Fällen der §§. 132, 440, 572, 579.

---

§. 197. (§. 190 des Entw.)

Der Termin beginnt mit dem Aufrufe der Sache.

Der Termin ist von einer Partei versäumt, wenn sie bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt.

Motive: „Die Versäumung eines Termins tritt erst mit dem Schlusse der Verhandlung (§. 123 Abs. 4) ein. Zwar ist nicht zu verkennen, daß die Zulassung der Partei, welche beim Aufrufe der Sache fehlt und erst im Laufe des Termins auftritt, Störungen des Geschäftsbetriebs und resultatlose Verhandlungen herbeiführen kann, gleichwohl ist das strengere Prinzip, nach welchem die Versäumung bereits mit dem Beginne des Termins eintritt (vergl. preuß. Verord. v. 1. Juni 1833 §. 21, Präjudiz des Obertribunals Nr. 626, Hannover §. 147, Oldenburg Art. 94 §. 4), weder mit den sonstigen Grundsätzen des Entwurfs über die totale Versäumung, deren Akkusation und Deklaration (§§. 202, 285 ff.) vereinbar, noch an sich zu billigen, weil dasselbe Härten herbeizuführen geeignet ist und andererseits das ergehende Versäumnißurtheil regelmäßig mittelst Einspruchs wieder beseitigt werden kann, so daß unnöthige Aufwendungen von Zeit und Kosten veranlaßt werden würden (vgl. preuß. Entw. §. 207 und Motive S. 48; hannov. Entw. §. 180; nordd. Entw. §. 220 und Prot. I S. 384 ff.; hann. Prot. I S. 319, Proz.-Ordn. v. Württemberg Art. 258, Baden §. 191)."

1) Wer den Aufruf der Sache vorzunehmen hat, wird vom Gesetze unbestimmt gelassen. Jedenfalls hat dieß von einer zum besetzten Gerichte

gehörigen Person zu geschehen, sei es nun der Vorsitzende, der Gerichtsschreiber oder ein dienstthuender Gerichtsbote oder Gerichtsvollzieher. Es muß dem Verordnungswege vorbehalten bleiben, dieß näher zu regeln. Aufruf ist seinem Wortsinne nach die Bekanntgabe, daß eine Sache an der Reihe sei zur Verhandlung. Wenn der Termin auf eine bestimmte Stunde angesetzt ist, so kann der Aufruf früher nicht erfolgen; wohl aber kann er später geschehen. Zwar ist über diesen Punkt nichts verfügt, allein es folgt dieß doch aus dem Zweck des Aufrufes und der häufig eintretenden thatsächlichen Unmöglichkeit für das Gericht, gerade zur bestimmten Stunde die Verhandlung zu beginnen. Der Aufruf einer Sache erfolgt auch dann, wenn beide Parteien nicht erschienen sind. Gerade das (und nicht das Gegentheil, wie L. Seuffert zu §. 197 Nr. 1 annimmt) folgt aus §. 228 Abs. 2, da hier die Voraussetzung der Ruhe des Verfahrens das Nichterscheinen der Parteien im Termine ist, der Termin aber erst mit dem Aufrufe beginnt. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß nach §. 322 bei dem Termine zur Beweisaufnahme den Parteien gestattet ist, anwesend zu sein, und daß die Beweisaufnahme nach §. 332 Abs. 1 auch in Abwesenheit der Parteien erfolgt. Hieraus ein argumentum e contrario auf die Unzulässigkeit des Aufrufs beim Nichterscheinen beider Parteien zu nehmen (L. Seuffert a. a. O.), fehlt es an jedem zureichenden Grunde.

2) Von großer praktischer Bedeutung ist die Feststellung des Zeitpunktes, in welchem ein Termin als versäumt gilt (vgl. §§. 208 und 295 ff.). Nach Abs. 2 des §. 197 fällt der Schluß der Verhandlung mit dem Schluß des Termins zusammen. Wenn daher die Verhandlung gemäß §. 127 Abs. 6 durch den Vorsitzenden geschlossen ist, so ist es auch der Termin. Dieser ist demnach versäumt, wenn die Partei bis zu dem Momente des Schlusses der Verhandlung nicht erschienen ist. Als nichterschienen gilt auch die erschienene Partei, welche nicht verhandelt (§. 298 vgl. aber §. 299). Ordnet das Gericht die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung an (§. 142), so gilt die Verhandlung überhaupt nicht als geschlossen, weßhalb denn auch die Folgen der Versäumung des ersten Termins hinwegfallen. Die säumige Partei, welche in der wiedereröffneten Verhandlung erscheint, kann alle Angriffs- und Vertheidigungsmittel nachträglich geltend machen vorbehaltlich der §§. 251, 252, 256 Abs. 2.

War Termin auf Vormittag oder Nachmittag ohne Angabe einer bestimmten Stunde anberaumt, so kann in Abwesenheit auch nur einer Partei nicht verhandelt werden bis zum Schlusse der durch Verordnung zu bestimmenden vormittägigen bezw. nachmittägigen Gerichtszeit, weil hier der geladenen Partei im Voraus gestattet ist, erst am Schlusse dieser Gerichtszeit sich zur Verhandlung einzufinden, m. a. W. der Termin im Voraus bis

zum Schlusse der betreffenden Gerichtszeit ausgedehnt ist, so daß durch einen früheren Schluß der Verhandlung die Terminszeit nachträglich eine willkürliche und deßhalb unzulässige Aenderung erfahren würde.

3) Die Folgerungen aus dem in Nr. 2 aufgestellten Sätzen gestalten sich im Einzelnen folgendermaßen:

a) Vor Schluß der Verhandlung kann von der erschienenen Partei ein Antrag auf Erlassung eines Versäumnißurtheils nicht gestellt werden. Erscheint die andere Partei vor dem Schlusse der Verhandlung, so kann sie in dieselbe eintreten gerade so als wäre sie von Anfang an zugegen gewesen, in Folge dessen auch die in §. 253 vorgesehenen Anträge stellen. (Vgl. §§. 504, 529, 767.)

b) Der in dem Termin zu leistende Eid kann nicht als verweigert angesehen werden, wenn der Schwurpflichtige vor Schluß der Verhandlung erscheint (§. 430).

c) Im Falle des §. 132 ist die Partei mit ihrer Erklärung noch zu hören, wenn sie vor dem Schlusse der Verhandlung erscheint.

d) Die Weigerung des Besitzers einer Sache, sich auf die Verhandlung zur Hauptsache einzulassen, ist zulässig bis zum Schlusse der Verhandlung, in welcher sich der benannte rechte Besitzer zu erklären hat. (§. 73 Abs. 1.)

e) Die gemäß §. 217 behauptete Rechtsnachfolge ist nicht als zugestanden anzunehmen, wenn die Rechtsnachfolger vor Schluß der Verhandlung erscheinen (§. 217 Abs. 4).

f) Die Folgen des §. 310 treten nicht ein, wenn die Partei, welche den Einspruch erhoben hat, vor Schluß der Verhandlung erscheint.

g) Unter derselben Voraussetzung tritt die Fiktion des Zugeständnisses im vorbereitenden Verfahren in Rechnungssachen nicht ein. (§. 316 Abs. 2.)

h) Ebensowenig die Geldstrafe im Falle des §. 579 Abs. 3 und die Haftstrafe nach §. 782.

4) Nur auf Versäumung der Parteien ist §. 197 anwendbar; er gilt also nicht für nicht erschienene Zeugen und Sachverständige §§. 345, 374.

---

§. 198. (§. 191 des Entw.)

Der Lauf einer richterlichen Frist beginnt, sofern nicht bei Festsetzung derselben ein Anderes bestimmt wird, mit der Zustellung des Schriftstücks, in welchem die Frist festgesetzt ist, und, wenn es einer solchen Zustellung nicht bedarf, mit der Verkündung der Frist.

Der Lauf einer gesetzlichen oder richterlichen Frist, deren

Beginn von einer Zustellung abhängig ist, beginnt mit dieser auch gegen diejenige Partei, welche die Zustellung hat bewirken lassen.

Motive: „Die verkündete Frist läuft auch gegen die bei der Verkündung nicht anwesende Partei (§§. 284, 273)."

1) In Abs. 1 wird lediglich für die richterlichen Fristen ein Prinzip aufgestellt. Ueber deren Begriff und Unterschied von den gesetzlichen Fristen vgl. oben zu §. 194 S. 542 Nr. 1. Das erwähnte Prinzip ist eine Alternative:

a) Entweder der Richter setzt bei Bestimmung der Frist über deren Beginn Etwas fest. Diese Festsetzung steht im richterlichen Ermessen. Sie kann den Beginn des Fristenlaufes von irgend einem Momente abhängig machen, u. a. auch von der Zustellung einer Mittheilung der Fristfestsetzung in den Fällen, wo das Gesetz eine Zustellung gar nicht gebietet. (Vgl. lit. b.)

b) Oder der Richter setzt über den Beginn des Fristenlaufes Nichts fest; in diesem Falle hat man weiter zu unterscheiden:

ob eine Zustellung der Verfügung, welche die Frist anordnet, geboten ist oder nicht.

Geboten ist die Zustellung dieser Verfügung so oft, als sie nicht verkündet ist. Nur verkündete Verfügungen bedürfen der Zustellung nicht (§. 294). Ist die Zustellung geboten, so beginnt die Frist mit der Zustellung, andernfalls mit der Verkündung.

Ueber den Beginn gesetzlicher Fristen bedarf es einer allgemeinen Vorschrift nicht, da die einzelnen Vorschriften über die gesetzlichen Fristen zugleich deren Anfangspunkt bestimmen. Nur die in §. 126 erwähnte eigenthümliche Frist (s. o. zu §. 194 Nr. 2 a. E. S. 545) könnte zu Zweifeln Anlaß geben. Man wird aber nicht fehl gehen, hier als Intention des Gesetzes anzunehmen, daß die Frist mit ihrer Setzung, sei es bei sei es nach der Einhändigung der betr. Urkunde, beginnen soll, wobei dann, wenn die Frist nach Tagen bestimmt wurde, §. 199 zu beachten ist.

2) In Abs. 2, der gleichmäßig von gesetzlichen wie richterlichen Fristen gilt, ist ein schon der bayerischen Gesetzgebung (bayer. CPO. Art. 210 Abs. 2) bekannter, dem Prinzip des französischen Prozesses „nul se forclot soi-même" entgegengesetzter Grundsatz adoptirt. Demnach läuft z. B. für den betreibenden Theil, welcher ein auch auf seiner Seite appellables Urtheil zustellen läßt, die Berufungsfrist mit der Zustellung des Urtheils an den Gegner (§. 477) oder es läuft gegen ein theilweise den nicht erschienenen Beklagten verurtheilendes, theilweise die Klage abweisendes Urtheil

die Berufungsfrist mit der Zustellung des Versäumnißurtheils (§. 296 Abs. 2 Lothar Seuffert, Kommentar §. 198 Nr. 2) für den betreibenden Theil, während für den Beklagten die Einspruchsfrist beginnt.

3) Die Bestimmung der bayer. CPO. (Art. 210 Abs. 1), daß dann, wann mehrere Personen wegen des nemlichen, wenn auch theilbaren Gegenstandes zu handeln oder zu erscheinen haben (§. 304 Abs. 2), findet sich im Gesetze nicht; es gilt daher für jede Person die ihr an sich zustehende Frist. Die Motive zu §§. 192, 193 des Entw. sprechen sich ausdrücklich in diesem Sinne aus (s. u. S. 552).

---

§. 199. (§. 192 des Entw.)

Bei der Berechnung einer Frist, welche nach Tagen bestimmt ist, wird der Tag nicht mitgerechnet, auf welchen der Zeitpunkt oder das Ereigniß fällt, nach welchem der Anfang der Frist sich richten soll.

§. 200. (§. 193 des Entw.)

Eine Frist, welche nach Wochen oder Monaten bestimmt ist, endigt mit Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat; fehlt dieser Tag in dem letzten Monate, so endigt die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats.

Fällt das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages.

Motive: „Die §§. 192, 193 regeln die Berechnung der Fristen und sind den Art. 328, 329, 330 des deutschen Handelsgesetzbuchs, den Art. 32 und 92 der deutschen Wechselordnung und den Vorschriften der Proz.-Ordn. v. Hannover (§. 146), Württemberg (Art. 261 ff.), des hannov. (§§. 183, 184), preuß. (§§. 212—215) und nordd. Entw. (§§. 223—225) im Wesentlichen entsprechend. Daß unter einer auf „acht" oder „vierzehn Tage" bestimmten Frist volle acht oder vierzehn Tage, ausschließlich des im §. 192 gedachten Tages, zu verstehen sind (DHGB. Art. 328 Nr. 1), sowie daß eine nach Tagen bestimmte Frist mit Ablauf des letzten Tages der Frist endigt, bedurfte keiner besonderen Hervorhebung (preuß. Entw. §§. 213, 214, nordd. Entw. §§. 224, 225).

„Ebensowenig hat die hieher gehörige Vorschrift des hannoverschen Entwurfs (§. 185), wonach bei einer, mehreren Streitgenossen laufenden, verschiedenen Frist die zuletzt ablaufende für alle Streitgenossen maßgebend sein soll (vgl. Bayern Art. 210, österr. Entw. §. 195), Aufnahme gefunden. Zu einer solchen generellen Abweichung von dem bei der Streitgenossenschaft geltenden Grundsatze (§. 58) liegt keine Veranlassung vor (vgl. hannov. Prot. S. 5147 ff. und Motive zum württemb. Entw. Art. 255, 256 S. 237), während für die Fälle nothwendiger Streitgenossenschaft der §. 59 bereits die entsprechende Bestimmung enthält."

1) Selbstverständlich treffen die §§. 199 und 200 Bestimmungen nur für die in diesem Gesetze geordneten Prozeßfristen. Es kommt ihnen demnach eine Bedeutung für die Fristen des Civilrechtes nicht zu.

2) Zu §. 199:

a) Als Fristen, welche nach Tagen bestimmt sind, erwähnt das Gesetz folgende:

I. Zur Einsicht der vom Prozeßgegner auf der Gerichtsschreiberei hinterlegten Urkunden — §. 125 Abs. 2 — eine Frist von drei Tagen.

II. Als Minimalladungsfrist in anhängigen Parteiprozessen eine Frist von drei Tagen, §. 194.

III. Als Minimaleinlassungsfrist im Parteiprozeß eine Frist von drei Tagen, wenn die Zustellung im Bezirke des Prozeßgerichts erfolgt (§. 459 Abs. 1).

IV. Als Minimaleinlassungsfrist im Wechselprozesse eine Frist von drei Tagen, wenn die Klage außerhalb des Prozeßgerichtssitzes, jedoch innerhalb seines Bezirkes zugestellt ist, §. 567 Abs. 1.

V. Als Minimalfrist, welche im Vertheilungsverfahren (§§. 758—768) den Betheiligten vor dem Termin zur Erklärung über den Theilungsplan gewährt werden muß, eine Frist von drei Tagen (§. 761 Abs. 1).

VI. Die Frist von mindestens drei Tagen vor Ablauf einer Nothfrist zur Uebergabe des zu deren Wahrung zuzustellenden Schriftstückes an den Gerichtsvollzieher bezw. Gerichtsschreiber, wenn die Wiedereinsetzung nach §. 213 begründet sein soll.

Ob die Fristen der §§. 244, 484, 519, innerhalb welcher der Beklagte, Berufungs- oder Revisionsbeklagte die Klage, Berufungs- oder Revisionsschrift zu beantworten hat, nach Tagen oder in anderer Weise zu berechnen sind, ist im Gesetze nirgends entschieden. Nach Lothar Seuffert (Kommentar zu §. 199 Nr. 1 A) soll ihre Berechnung regelmäßig nach Tagen geschehen. Allein man muß dann fragen, welches sind die Ausnahmen von dieser Regel? Es muß zugegeben werden, daß das Gesetz

hier eine Lücke aufweist, die nur durch einigermaßen willkürliche Interpretation auszufüllen sein wird: Zeiträume, die nicht a momento ad momentum berechnet werden müssen, sind in Ermanglung anderer Bestimmungen nach Tagen zu berechnen als den kleinsten civilen Zeitabschnitten; jedenfalls ist durch die Worte „innerhalb der ersten zwei Drittheile der Zeit" in §§. 244, 484, 519 ein „Komplex von Tagen" (Windscheid, Pand. §. 103 Nr. 2 a) bezeichnet, wenn man mit den erwähnten Paragraphen die §§. 234, 481, 517 zusammenhält. Wenn demnach anzunehmen ist, daß jene zwei Drittheile stets nach Tagen zu berechnen sind, so leidet auf die Berechnung ihres Beginnes §. 199 und auf die ihres Endes der allgemeine, auch in den obigen Motiven enthaltene Grundsatz Anwendung, daß sie erst mit dem Ablaufe des letzten Tages endigen. Wenn beispielsweise die am 2. Mai zugestellte Klage die Ladung zur Verhandlung auf den 3. Juni enthält, so beträgt die Frist zur Klagsbeantwortung (nach §. 244), weil die Einlassungsfrist (§. 234 Abs. 1) 31 Tage umfaßt, $20^2/_3$ Tage, d. h. sie endigt mit dem Ablaufe des 21. Tages.

Die sub. 2 I—VI genannten Fristen sind sämmtlich gesetzliche Fristen. Daß auch richterliche Fristen nach Tagen berechnet werden können, wenn sie nach Tagen festgesetzt sind, unterliegt keinem Zweifel.

Eine gesetzliche, nach Tagen zu berechnende Frist enthält noch die Konkursordnung in §. 145 (s. o. §. 194 Nr. 2).

b) Das Gesetz kennt Fristen, welche nach noch kleineren Zeittheilen als nach Tagen, nemlich nach Stunden, berechnet werden müssen. Diese sind:

I. Die dem Vorsitzenden zur Terminsfixirung gewährte Frist von vierundzwanzig Stunden, §. 193 Abs. 2.

II. Die Minimalladungs- und Einlassungsfristen in Meß- und Marktsachen von vierundzwanzig Stunden, §§. 194, 234, 459.

III. Die Minimaleinlassungsfrist von vierundzwanzig Stunden im Wechselprozesse, wenn die Klage am Sitze des Prozeßgerichts zugestellt ist, §. 567 Abs. 2;

IV. Die dem Gerichtsschreiber des Berufungs- und Revisionsgerichts gewährte Frist zur Einforderung der vorinstanziellen Akten nach Einreichung der Berufungs- bezw. Revisionsschrift, §§. 506, 529.

Die Berechnung dieser Fristen — neben welchen auch noch richterliche Fristen nach Stunden berechnet werden können — muß wohl a momento ad momentum erfolgen, wenn man sich nicht die neuen Zweifelsfragen: ob die Stundenfrist mit der Sekunde beginnt oder mit dem Beginne der nächsten Uhrstunde oder Uhrviertelstunde, schaffen will.

3) Zu §. 200:

a) Die Art der Berechnung nach §. 200 Abs. 1 erläutert sich an

folgenden Beispielen: Wenn die nach Wochen zu berechnende Frist an einem Montag beginnt, so endigt die Frist mit dem Ablaufe des nächstfolgenden oder zweiten, dritten 2c. Montags nachher; wenn die nach Monaten zu berechnende Frist von einem Monat am 1. Januar beginnt, so endigt sie mit Ablauf des 1. Februar; beginnt sie am 29. oder 30. oder 31. Januar, so endigt sie mit dem 28. Februar; in einem Schaltjahre am 29. Februar. Eine Frist von drei Monaten, welche am 31. März beginnt, endigt am 30. Juni u. s. f.

b) Nur auf das Ende einer Frist kann der Umstand Einfluß haben, daß der letzte Tag auf einen Sonn- oder Feiertag fällt; dieser Einfluß beschränkt sich aber nicht auf die in §. 200 Abs. 1 genannten, sondern erstreckt sich auch auf die nach Tagen zu berechnenden Fristen (§. 199).

Die Feststellung der allgemeinen Feiertage ist Sache der Landesgesetze (s. o. zu §. 165 ff. Nr. 7a). Demnach ist möglich, daß eine einzelne Frist nach einem Landesgesetze auf einen allgemeinen Feiertag, nach dem andern auf einen Werktag ausläuft. Wenn in solchem Falle die beiden Parteien den verschiedenen Landesgesetzen unterworfen sind, oder das Prozeßgericht in dem Gebiete des einen dieser Landesgesetze liegt, so könnte zweifelhaft werden, nach welchem der beiden Landesgesetze das Ende der Frist zu bestimmen sei. Die Lösung ergibt sich aus dem Zweck des Gesetzes: Fristen sind gesetzt zum prozessualen Handeln innerhalb derselben. An allgemeinen Feiertagen soll aber Niemand zugemuthet werden, eine prozessuale Handlung vorzunehmen, weder den Parteien, noch dem Gerichte. Wäre daher der letzte Tag einer Frist nach dem Rechte des Ortes, wo innerhalb der Frist zu handeln wäre, ein allgemeiner Feiertag, dann liefe die Frist erst mit dem nächstfolgenden Werktage ab. (Vgl. auch Lothar Seuffert a. a. O. zu §. 200 Nr. 7.)

Diese Vorschrift gilt gleichmäßig für alle Arten von Fristen, für richterliche wie gesetzliche, nach Tagen, Wochen, Monaten oder Jahren bestimmte Fristen. Sie gilt daher insbesondere auch für die Fristen, die zwischen der Zustellung, welche die Ladung zu einem bestimmten Termin enthält und diesem Termine in Mitte liegen müssen (s. o. Motive zu §. 194 Ziff. 1—3); man kann sie mit L. Seuffert (a. a. O. §. 199 Nr. 5) „Zwischenfristen" nennen. Diese Fristen sind so zu berechnen, daß sie zwischen den beiden Punkten, die sie trennen, vollständig ablaufen müssen. Z. B. die Ladungsfrist in anhängigen Prozessen (§. 194) ist abgelaufen, wenn zwischen dem Zustellungstage und dem Terminstage volle sieben Tage abgelaufen sind, wenn also Termin auf den 8. eines Monats festgesetzt ist, so muß die Ladung mindestens am letzten Tage des vorhergehenden Monats zugestellt werden. Ist aber der siebente Tag ein Sonntag oder allgemeiner Feiertag, so hat

die Zustellung schon am vorletzten Tage des vorhergehenden Monats zu geschehen. Dagegen darf nicht (wie L. Seuffert a. a. O. §. 200 Nr. 6 thut) angeführt werden, daß innerhalb dieser Zwischenfristen keine Prozeßhandlungen vorgenommen werden müßten. Denn das Erscheinen im Termin, welches nach Ablauf der Zwischenfristen erfolgen muß, ist eine Prozeßhandlung. Die Nichtvornahme derselben kann als Ungehorsam nicht akkusirt werden, wenn in dem letzterwähnten Beispiele die Ladung erst am letzten des vorhergehenden Monats zugestellt wurde (§. 300 Abs. 2). Auch für die Berechnung der in §§. 827, 843 bis 847 erwähnten Fristen ist §. 200 Abs. 2 maßgebend.

c) Obwohl die CPO. Fristen kennt, welche nach Jahren berechnet werden, so stellt sie doch über die Art ihrer Berechnung keine allgemeine Vorschrift auf. Man könnte der Meinung sein, daß bei der Berechnung der Jahresfristen der Tag, auf welchen der Zeitpunkt oder das Ereigniß fällt, nach welchem der Anfang der Frist sich richten soll, mitgerechnet wird, weil in §. 199 die Nichteinrechnung dieses Tages ausdrücklich nur für die nach Tagen zu berechnenden Fristen ausgesprochen ist. (So Lothar Seuffert a. a. O. §. 200 Nr. 5; Petersen, Kommentar zur CPO. I. Bd. S. 466 Nr. 3.) Dieß wäre allenfalls richtig, wenn die einzelnen Bestimmungen, in welchen Jahresfristen festgesetzt sind, nicht besondere dieser Auffassung widersprechende Vorschriften enthielten. Dieß scheint mir aber in der That der Fall zu sein. In §. 212 Abs. 3 wird die Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung nach §. 211 auf ein Jahr festgesetzt, welches von dem Ende der versäumten Nothfrist an gerechnet wird. Die Nothfrist läuft mit dem Ende eines Kalendertages ab; es ist demnach vom Ende dieses Tages an das Kalenderjahr zu zählen. Wenn beispielsweise die Nothfrist am 31. April 1880 abgelaufen war, so endigt die Restitutionsfrist mit dem Ablauf des 31. April 1881.

Durch §. 549 Abs. 2 wird die Erhebung der Restitutions- und Nichtigkeitsklage unter allen Umständen auf einen fünfjährigen Zeitraum, vom Tage der Rechtskraft des anfechtbaren Urtheils zu rechnen, bechränkt; wird zum Beispiel das Urtheil durch Ablauf der Revisionsfrist rechtskräftig, so ist als Anfangspunkt der fünf Jahre der nächste Tag zu zählen. Tritt dagegen die Rechtskraft ein durch Verkündung des Revisionsurtheils, so zählt allerdings der Tag dieser Verkündung noch als erster Tag der fünfjährigen Frist. Ebenso wird die zehnjährige Frist für Erlöschung der Anfechtung des Ausschlußurtheils im Aufgebotsverfahren (§. 836 Abs. 2) berechnet werden müssen, da sie mit dem Tage der Verkündigung des Ausschlußurtheils beginnt. Die Frist für Erlöschung der Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs (§§. 869 u. 870), welche ebenfalls zehn Jahre beträgt, ist in derselben Weise zu berechnen, wie die fünfjährige Frist des §. 549 Abs. 2.

Wird auf Grund des §. 580 Abs. 2 das Verfahren gerade auf ein Jahr ausgesetzt, so wird die Berechnung desselben gemäß dem §. 200 Abs. 1 vorzunehmen sein, und zwar deshalb, weil dieses eine Jahr nur die äußerste Ausdehnung der überhaupt zugelassenen Frist darstellt. Wenn demnach bei Anordnung einer 11 monatlichen Aussetzungsfrist die Berechnung des §. 200 Abs. 1 stattfindet, weßhalb sollte eine andere Berechnungsart eintreten, falls diese Frist um einen Monat verlängert wird? Bruchtheile von Jahren, welche etwa als richterliche Fristen vorgesetzt werden, sind als Monatskomplexe nach §. 200 zu berechnen, da eine andere Berechnungsart als die nach Tagen, Monaten und Jahren dem Gesetze nicht bekannt ist.

d) Die in der Prozeßordnung enthaltenen nach Wochen berechneten Fristen sind:

I. Die einwöchige Frist zur Einreichung des Kostenverzeichnisses §. 100.

II. Die Frist von zwei Wochen, welche bei öffentlicher Zustellung seit Anheftung des zustellenden Schriftstücks verflossen sein muß, welches keine Ladung enthält §. 189 Abs. 2.

III. Die Minimalladungsfrist von einer Woche in anhängigen Anwaltsprozessen §. 194.

IV. Die Frist von zwei Wochen für den Antrag einer nach §. 211 Abs. 1 zulässigen Wiedereinsetzung §. 212 Abs. 1.

V. Die Maximalfrist von einer Woche für die Verkündung eines Urtheils §. 281.

VI. Die einwöchige Frist für Uebergabe des vollständig abgefaßten Urtheils an die Gerichtsschreiberei §. 286 Abs. 2.

VII. Die Minimalfrist für die Aushängung der Urtheilsverzeichnisse in der Gerichtsschreiberei §. 287.

VIII. Die Frist von einer Woche für den Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes eines Urtheils §. 291 Abs. 1, 2.

IX. Die Frist von einer Woche für den Antrag auf Ergänzung eines Urtheils §. 292 Abs. 1, 2.

X. Die Einspruchsfrist von zwei Wochen §. 304 Abs. 1 (Nothfrist).

XI. Die Minimaleinlassungsfrist im Parteiprozeß, wenn die Klagszustellung außerhalb des Bezirkes des Prozeßgerichtes, jedoch im deutschen Reiche erfolgte.

XII. Die zweiwöchige Nothfrist für die sofortige Beschwerde §. 540 Abs. 2.

XIII. Die Minimaleinlassungsfrist im Wechselprozesse, wenn die Klage außerhalb des Prozeßgerichtsbezirkes, aber innerhalb des deutschen Reiches zugestellt ist, §. 567 Abs. 2 a. E.

XIV. Die Frist von zwei Wochen zur Erhebung des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl §. 632.

XV. Die Regelfrist von einer Woche für die Versteigerung gepfändeter Sachen §. 717.

XVI. Die zweiwöchige Frist für die Zustellung der Drittschuldnererklärung an den betreibenden Gläubiger gemäß §. 739.

XVII. Die zweiwöchige Frist, welche im Vertheilungsverfahren von dem zuständigen Amtsgerichte den betheiligten Gläubigern zur Einreichung ihrer Forderungsberechnungen zu eröffnen ist, §§. 759, 760.

XVIII. Die Minimalfrist von sechs Wochen, welche zwischen dem Tage, an welchem die erste Einrückung des Aufgebots (im Reichsanzeiger) erfolgt ist, und dem Aufgebotstermin in Mitte liegen muß, §. 827.

XIX. Die einwöchige Frist für Aufstellung eines Schiedsrichters gemäß §. 855.

XX. Die einwöchige Frist für Aufstellung eines neuen Schiedsrichters an Stelle des wegfallenden oder die Ausführung des Amtes verweigernden gemäß §. 857.

Hiezu kommt noch gemäß §. 140 der Konkursordnung:

XXI. Die Ausschlußfrist von zwei Wochen.

e) Monatsfristen enthält die CPO. in:

I. §. 189 Abs. 1 für die öffentliche Zustellung des eine Ladung enthaltenden Schriftstücks, insoferne dieselbe nicht früher als geschehen zu erachten ist, bis ein Monat seit der letzten Einrückung des Auszugs des Schriftstücks verflossen ist.

II. §. 213 Abs. 2: Die Wiedereinsetzung aus §. 213 Abs. 1 ist binnen einer Frist von einem Monat nach Ablauf der versäumten Nothfrist zu beantragen, vgl. §. 214 Abs. 3.

III. §§. 234, 481, 517: Die Einlassungsfrist auf die Klags-, Berufungs- und Revisionszustellung beträgt einen Monat.

IV. §§. 477, 514: Die Berufungs- und Revisionsfrist (Nothfristen) beträgt einen Monat.

V. §. 549: Die Nichtigkeits- und Restitutionsklage ist binnen einer einmonatlichen Nothfrist zu erheben.

VI. §§. 609 Abs. 1, 624 Abs. 1: Der die Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung aussprechende Beschluß kann innerhalb Monatsfrist durch Klage angefochten werden.

VII. §. 637: Die Wirkungen der Rechtshängigkeit zufolge eines Zahlungsbefehles, gegen welchen Widerspruch erhoben ist, erlöschen, falls die wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Landgerichte gehört und nicht binnen einer Frist von sechs Monaten von dem Tage der Benachrich-

tigung von der Erhebung des Widerspruchs die Klage bei dem zuständigen Gerichte erhoben wird.

VIII. §. 641: Die Wirkung der Rechtshängigkeit erlischt auch dann, wenn zwar kein Widersprnch erhoben wird, jedoch die Erlassung des Vollstreckungsbefehles nicht binnen einer sechsmonatlichen Frist nach Ablauf der im Zahlungsbefehle bestimmten Frist (§. 632) nachgesucht wird.

IX. §. 764 Abs. 1.: Die Frist zum Nachweise, daß der im Vertheilungsverfahren dem Theilungsplane widersprechende Gläubiger gegen die betheiligten Gläubiger Klage erhoben habe, beträgt einen Monat.

X. §. 794: Die Maximaldauer der Haft als Vollstreckungsmittel beträgt sechs Monate.

XI. §. 831: Die Frist für den Antrag des am Aufgebotstermine nicht erschienenen Antragstellers auf Bestimmung eines neuen Aufgebotstermines ist nur innerhalb einer sechsmonatlichen Frist vom ersten Aufgebotstermin an zuläßig.

XII. §. 835: Die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurtheil im Aufgebotsverfahren muß binnen einer Nothfrist von einem Monat gestellt werden.

XIII. §§. 843 Abs. 1, 844 Abs. 1, 845: Diese Paragraphen setzen fest, daß beim Aufgebot von Werthpapieren, von welchen Zinsscheine oder Gewinnantheilscheine ausgegeben werden oder ausgegeben sind (§. 845), der Aufgebotstermin so angesetzt werde, daß bis zu demselben von einem im Einzelnen verschieden bestimmten Anfangspunkte an sechs Monate abgelaufen sind.

XIV. §. 846: Für Schuldurkunden, von welchen Zins- oder Gewinnantheilscheine nicht ausgegeben sind, die aber eine Verfallzeit enthalten, welche zur Zeit der ersten Einrückung des Aufgebotes im Reichsanzeiger noch nicht eingetreten ist, muß der Aufgebotstermin so bestimmt werden, daß seit dem Verfalltage sechs Monate abgelaufen sind.

XV. §. 847: Ist auch ein bestimmter Verfalltag nicht in der Urkunde angegeben, oder ist derselbe zur Zeit der ersten Einrückung schon herangekommen, so muß zwischen dem Tage der ersten Einrückung des Aufgebots und dem Aufgebotstermin eine Minimalfrist von sechs Monaten liegen.

XVI. §. 870: Die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs nach Erlassung des Vollstreckungsurtheils (§. 868) muß binnen einer Nothfrist von einem Monat erhoben werden.

f) die gesammten unter d und e aufgezählten Fristen sind gesetzliche Fristen. Es bedarf keiner Hervorhebung, daß auch richterliche Fristen nach Wochen und Monaten festgesetzt werden können.

§. 201. (§. 194 des Entw.)

Der Lauf einer Frist wird durch die Gerichtsferien gehemmt. Der noch übrige Theil der Frist beginnt mit dem Ende der Ferien zu laufen. Fällt der Anfang der Frist in die Ferien, so beginnt der Lauf der Frist mit dem Ende derselben.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Nothfristen und Fristen in Feriensachen keine Anwendung.

Nothfristen sind nur diejenigen Fristen, welche in diesem Gesetz als solche bezeichnet werden.

1) Die Gerichtsferien sind eine organische Einrichtung der deutschen Gerichtsverfassung. Ihre Regelung ist in den §§. 201—204 des GVG. enthalten:

Siebenzehnter Titel des GVG.

Gerichtsferien.

§. 201.

Die Gerichtsferien beginnen am 15. Juli und endigen am 15. September.

§. 202.

Während der Ferien werden nur in Feriensachen Termine abgehalten und Entscheidungen erlassen.

Feriensachen sind:

1) Strafsachen;
2) Arrestsachen und die eine einstweilige Verfügung betreffenden Sachen;
3) Meß- und Marktsachen;
4) Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern von Wohnungs- und anderen Räumen wegen Ueberlassung, Benutzung und Räumung derselben, sowie wegen Zurückhaltung der vom Miether in die Miethsräume eingebrachten Sachen;
5) Wechselsachen;
6) Bausachen, wenn über Fortsetzung eines angefangenen Baues gestritten wird.

Das Gericht kann auf Antrag auch andere Sachen, soweit sie besonderer Beschleunigung bedürfen, als Feriensachen bezeichnen. Die gleiche Befugniß hat vorbehaltlich der Entscheidung des Gerichts der Vorsitzende.

§. 203.

Zur Erledigung der Feriensachen können bei den Landgerichten Ferienkammern, bei den Oberlandesgerichten und dem Reichsgerichte Feriensenate gebildet werden.

§. 204.

Auf das Mahnverfahren, das Zwangsvollstreckungsverfahren und das Konkursverfahren sind die Ferien ohne Einfluß.

Zu §. 201 des GVG.: Der 15. Juli gehört schon zu den Gerichtsferien, der 15. September gehört noch zu denselben.

Die Gerichtsferien haben lediglich die Bestimmung, dem Erholungsbedürfniß der Beamten und der Bequemlichkeit jener Privatpersonen, welche zum gerichtlichen Dienst herangezogen werden (Handelsrichter, Zeugen, Sachverständige), Rücksicht zu tragen. Auf den Lauf und die Eintheilung des Geschäftsjahres haben sie keinen Einfluß. Dahingehende Anträge in der Justizkommission wurden abgelehnt (Komm. Prot. zum GVG. S. 67, 698).

Zu §. 202 des GVG.

a) Die Bestimmungen über Arrestsachen und die eine einstweilige Verfügung betreffenden Sachen finden sich in §§. 796—822 der CPO.

Der Begriff von Meß- und Marktsachen ergibt sich aus §. 30 der CPO.

Ueber die sub Ziff. 4 des §. 202 d. GVG. bezeichneten Streitigkeiten ist die Ausführung zu §. 23 Ziff. 2 des GVG. (oben zu §. 1 der CPO. S. 30) zu vergleichen (s. auch §. 649 d. CPO. Ziff. 1).

b) Der Paragraph 202 des GVG. hat nur die Bedeutung, daß während der Gerichtsferien die in dem Paragraphen bezeichneten Sachen verhandelt und entschieden werden können. Dagegen folgt hieraus für das Gericht keineswegs die Pflicht, Sachen auch unter allen Umständen zu erledigen oder auch nur sie zur Verhandlung zu bringen. Dies folgt schon aus dem Wortlaut des Gesetzes: „werden nur in Feriensachen &c.". Auch in der Justizkommission kam diese Anschauung durch den Abg. Reichensperger zum Ausdruck, ohne Widerspruch zu finden. (Komm. Prot. z. GVG. S. 69). Anderseits ist hervorzuheben, daß sich §. 202 d. GVG. nur auf Abhaltung von Terminen und auf Entscheidungen bezieht, daß demnach der Festsetzung von Terminen und ähnlichen prozeßleitenden Verfügungen während der Gerichtsferien mit Wirkung für die Zeit nach den Gerichtsferien auch in Nichtferiensachen nichts entgegensteht. Dieß ist die in der Justizkommission ohne Widerspruch ausgesprochene Anschauung des Reichskanzleramtsdirektors v. Amsberg (Komm. Prot. z. GVG. S. 697).

c) Der in §. 202 Abs. 3 genannte Antrag hat von dem betreibenden Theil auszugehen. Er ist nicht an die Zeit vor den Gerichtsferien gebunden, sondern kann auch während der Gerichtsferien gestellt werden. Eine besondere Form ist für denselben nicht vorgeschrieben. In anhängigen Anwaltsprozessen erscheint nur der Anwalt zur Stellung desselben befähigt. Um einen Prozeß erst anhängig zu machen, kann auch die Partei selbst den Antrag stellen und dann zur Einreichung der Klagschrift einen Anwalt aufstellen. Es steht in solchem Falle nichts im Wege, den Antrag zum Protokoll des Gerichtsschreibers anzubringen. Gegen die Ablehnung des Antrags steht dem Abgewiesenen das Rechtsmittel der Beschwerde zu (§. 530). Die Entscheidung des Vorsitzenden über den Antrag hat nur

provisorische Bedeutung. Weist er den Antrag ab, so steht den Abgewiesenen zwar nicht die Beschwerde, wohl aber die Angehung des Gerichtes offen. Genehmigt er denselben, so kann die Gegenpartei beim Gericht noch immer die Abweisung beantragen.

Zu §. 203 des GVG.: Die Bildung der Ferienkammern und -Senate gehört zur Geschäftsvertheilung. Sie erfolgt demgemäß nach §§. 63, 64, 121, 133 des GVG.

Zu §. 204 des GVG.: Das Zwangsvollstreckungsverfahren ist im achten Buche der CPO. enthalten. Demnach gehört dazu auch das uneigentliche Vollstreckungsverfahren der Arreste und einstweiligen Verfügungen §§. 796 ff. Das Konkursverfahren ist im zweiten Buche der Konkursordnung geregelt.

2) Die Konstruktion von Beispielen für die Berechnung der durch die Gerichtsferien gehemmten Fristen ergibt sich von selbst. Nur ist für Monatsfristen hervorzuheben, daß das Prinzip des §. 200 Abs. 1 durch die Gerichtsferien alterirt wird, das Prinzip nemlich, daß die Frist mit dem Ablauf desjenigen Tages endige, welcher durch seine Zahl dem Anfangstage entspricht. Wenn z. B. eine einmonatliche Frist am 20. Juni beginnt, so endigt sie mit dem Ablauf des **21.** September, wenn sie am 1. Juli beginnt, mit Ablauf des **3.** Oktober. Denn nach §. 201 Abs. 1 beginnt der noch übrige Theil der Frist mit dem Ende der Ferien zu laufen. Im ersten Falle ist der noch übrige Theil der Frist ein Zeitraum von 6 Tagen, da ohne die Gerichtsferien die Frist mit dem 20. Juli ablaufen würde; diese sechs Tage sind zu dem 15. September hinzuzuzählen. Im zweiten Falle ist der noch übrige Theil der Frist ein Zeitraum von 18 Tagen, die zum 15. September hinzuzurechnen sind.

3) Die Bezeichnung einer nicht in §. 202 des GVG. aufgezählten Sache als Feriensache hat dieselbe Wirkung, als wenn diese Sache in §. 202 des GVG. mit aufgezählt wäre, d. h. in einer solchen Sache wird der Fristenlauf durch die Gerichtsferien nicht gehemmt. Erfolgt die Bezeichnung einer Sache als Feriensache erst im Laufe der Gerichtsferien, so tritt die Fortsetzung des Fristenlaufes erst mit dem Momente wieder ein, in welchem der die Bezeichnung als Feriensache enthaltende Beschluß den Parteien von Amtswegen zugestellt ist (§. 294 Abs. 3). Die Bezeichnung der Sache als Feriensache durch den Vorsitzenden setzt die Frist mit der Zustellung des Beschlusses von Amtswegen in Lauf. Setzt das Gericht den Beschluß des Vorsitzenden außer Wirksamkeit, so fällt die Wirkung des Beschlusses mit rückwirkender Kraft hinweg, so daß es anzusehen ist, als habe der Lauf der Frist nicht begonnen, bezw. nicht von Neuem begonnen.

4) Die Länge der Frist schützt nicht vor Unterbrechung bezw. Hemmung derselben durch die Gerichtsferien. Da jedoch die Gerichtsferien auf

Nothfristen (s. Motive zu §. 194 Ziff. 4) keinen Einfluß haben, so werden die nach Jahren berechneten Fristen, weil sie Nothfristen sind, durch die Gerichtsferien nicht gehemmt. Nur die eine Jahresfrist des §. 212 Abs. 3 ist keine Nothfrist und unterliegt daher der Bestimmung des §. 201 Abs. 1.

5) Von großer Bedeutung ist der Abs. 3 des §. 201. Diese Bedeutung geht über den Rahmen des §. 201 weit hinaus. Es folgt hieraus, daß der Charakter einer Frist als Präklusivfrist deren Charakter als Nothfrist nicht begründet. Nur die ausdrückliche Bezeichnung als Nothfrist im Gesetze selbst macht sie zu einer solchen und nur diese theilt die oben §. 194 (Nr. 1 a. E. S. 543) angegebenen Eigenschaften der Nothfristen. (Vgl. u. zu §. 211 und §. 202 Nr. 1.)

---

§. 202. (§. 195 des Entw.)

Durch Vereinbarung der Parteien können Fristen, mit Ausnahme der Nothfristen, verlängert oder abgekürzt werden.

Auf Antrag können richterliche und gesetzliche Fristen abgekürzt oder verlängert werden, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind, gesetzliche Fristen jedoch nur in den besonders bestimmten Fällen.

Im Falle der Verlängerung wird die neue Frist von dem Ablaufe der vorigen Frist an berechnet, wenn nicht im einzelnen Falle ein Anderes bestimmt ist.

1) Die Vereinbarung der Parteien ist an eine Form nicht gebunden. Sie kann daher auch eine stillschweigende sein. Parteien sind diejenigen, zwischen welchen der Prozeß geführt wird, nicht deren Prozeßbevollmächtigte. Wohl aber sind die letzteren gemäß §§. 77, 79 zu einer Vereinbarung der in Abs. 1 erwähnten Art befugt und zwar in der Art, daß ihre Prozeßvollmacht in dieser Richtung nicht mit Wirksamkeit nach Außen beschränkt werden kann.

N o t h f r i s t e n können durch Vereinbarung der Parteien weder verlängert noch verkürzt werden, wie denn auch die nach §. 228 Abs. 1 zulässige Vereinbarung der Parteien, daß das Verfahren ruhen solle, auf den Lauf der Nothfristen keinen Einfluß hat. Allerdings steht es im Ermessen der Parteien, den Beginn gewisser Nothfristen hinauszuschieben, insoferne derselbe von der Zustellung durch eine Partei abhängt (§§. 477, 514, 304); wenn jedoch die Nothfrist einmal in Lauf gesetzt ist, so entzieht sie sich jeder Einwirkung der Parteivereinbarung. Das Gericht hat von Amts-

wegen zu prüfen, ob die Frist gewahrt erscheint (§§. 306, 497, 529, 537, 552). Für die Nothfristen zur Einlegung von Rechtsmitteln gegen Urtheile, welche auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe erkennen, liegt auch deren Eröffnung nicht im Belieben der Parteien, da dieselben nach §. 582 den Parteien von Amtswegen zugestellt werden müssen. Auch in den Fällen, wo die Parteien durch Zustellung die Nothfrist in Lauf setzen, hat eine Vereinbarung des Inhalts, daß keine der Parteien bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die Zustellung bethätige, nicht die Wirkung, den Beginn des Fristenlaufs aufzuhalten, falls trotz der Vereinbarung von einer Partei die Zustellung vorgenommen wird. Hier können Entschädigungsansprüche — auch im Wege der Einrede — geltend gemacht werden; allein die Nothfrist hat zu laufen begonnen.

Was die Unmöglichkeit einer Verlängerung durch Vereinbarung betrifft, so theilt die Frist des §. 212 Abs. 1, d. i. die zweiwöchige Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung aus §. 211, nach ausdrücklicher Bestimmung des §. 212 Abs. 2 den Charakter der Nothfristen, wogegen eine — praktisch kaum in Betracht kommende — vereinbarte Abkürzung dieser Frist nicht ausgeschlossen ist. Dieselbe ratio legis für die Unmöglichkeit vereinbarter Verlängerung trifft bei der in §. 213 Abs. 2 erwähnten Wiedereinsetzungsfrist von einem Monat zu (§. 213 Abs. 1). In Ermanglung jeder dahingehenden Vorschrift und gegenüber dem Wortlaute des §. 202 Abs. 1 aber muß die vereinbarte Verlängerung als zuläßig und wirksam erachtet werden. (Vgl. L. Seuffert a. a. O. §. 202 Nr. 3 und über die Entstehung des §. 213, bei welcher ein Uebersehen leicht denkbar ist, unten zu §. 213 Nr. 1.) Ueber die Frist des §. 212 Abs. 3 s. u. zu §. 212 Nr. 4.

2) Die Abkürzung oder Verlängerung von Fristen auf Antrag durch den Richter ist an sich ohne Unterschied für gewöhnliche Fristen wie für Nothfristen zuläßig. Da jedoch fast alle Nothfristen gesetzliche Fristen sind und diese nur insoweit auf Antrag verlängert oder verkürzt werden können, als dieß im Gesetze besonders bestimmt ist, so entziehen sich die Nothfristen, weil es für diese nirgends besonders bestimmt ist, auch der Bewegung durch den Richter. (S. aber §§. 223, 224, 226 Abs. 1.) Es gibt nur eine einzige Nothfrist, die durch das Gericht bestimmt wird, jedoch von Amtswegen, d. i. die Einspruchsfrist gegen ein im Ausland oder öffentlich zuzustellendes Versäumnißurtheil (§. 304 Abs. 2). Demnach bleiben unbeschränkter Einwirkung des Gerichts auf Antrag einer Partei unterworfen nur die richterlichen Fristen (s. o. zu §. 194).

Von den gesetzlichen Fristen sind folgende der richterlichen Verlängerung oder Abkürzung unterstellt: die Frist zur Einsicht der auf der Gerichts-

schreiberei hinterlegten Urkunden (§. 125 Abs. 2), die Frist, welche für die öffentliche Zustellung seit Einrückung des zuzustellenden Schriftstücks bezw. seines Auszugs in den Reichsanzeiger verfließen muß (§. 189 Abs. 1), wobei jedoch Parteiantrag nicht einmal erforderlich ist, die Einlassungs-, Ladungs- und diejenigen Fristen, welche für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmt sind (s. §. 204 Abs. 1). Die Befugniß einer Verlängerung der einmal festgesetzten Ladungs-, Einlassungs- und Vorbereitungsfristen durch das Gericht ist nicht zugelassen. Da eine Maximalgrenze nicht besteht, so kann der Vorsitzende bei der Terminsbestimmung bereits die geeigneten Rücksichten auf Parteiantrag nehmen.

Die gemeinschaftliche Voraussetzung für alle Fälle der richterlichen Fristverlängerung oder -Abkürzung ist die Glaubhaftmachung erheblicher Gründe für den Antrag. Das Gericht hat frei zu würdigen, ob ein Grund als erheblich zu erachten sei. Die Glaubhaftmachung geschieht nach §. 266.

3) Hat eine Verlängerung der Frist stattgefunden, so wird die neue d. i. die Zusatzfrist unmittelbar an den Ablauf der ursprünglichen Frist angereiht, ohne daß es irgend eines Medium bedürfte, wie etwa der Zustellung des richterlichen Beschlusses, soferne nicht eben dieser Beschluß oder die Vereinbarung der Parteien abweichende Bestimmungen enthalten (s. o. zu §. 54 Nr. 6 S. 202). Soweit eine Verlängerung der Frist durch Vereinbarung oder durch den Richter überhaupt zugelassen ist, gibt es eine Grenze der Verlängerung nicht. Daher kann z. B. vereinbart werden, es solle noch nach Ablauf des in §. 212 Abs. 3 erwähnten Jahres Wiedereinsetzung möglich sein. (A. M. mit Unrecht Puchelt, Kommentar Abth. I S. 486 Nr. 6.)

---

§. 203. (§. 196 des Entw.)

Ueber das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung einer Frist kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

Die Abkürzung oder wiederholte Verlängerung darf nur nach vorgängigem Gehör des Gegners bewilligt werden.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen das Gesuch um Verlängerung einer Frist zurückgewiesen ist, findet nicht statt.

1) Für das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung einer Frist (§. 202 Abs. 2) ist keine besondere Form vorgeschrieben. Daher kann es wohl auch zum Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden und ist gemäß §. 74 Abs. 2 selbst im Anwaltsprozeß dem Anwaltszwange nicht

unterworfen. (A. M. L. Seuffert a. a. O. §. 203 Nr. 1. Vgl. oben zu §. 36 Nr. 10 S. 161.) Die Form der schriftlichen Eingabe ist in gleicher Weise zulässig.

2) Das Gesuch wird nach dem Ermessen des Gerichts entweder nach vorgängiger mündlicher Verhandlung oder ohne solche verbeschieden. Das in Abs. 2 vorgeschriebene Gehör des Gegners schließt die Nothwendigkeit mündlicher Verhandlung nicht ein. Vielmehr kann der Gegner auch zur schriftlichen Erklärung veranlaßt werden.

3) Das vorherige Gehör des Gegners ist erforderlich:

a) in allen Fällen der Bewilligung eines Abkürzungsantrags, mit Ausnahme des in §. 204 Abs. 3 erwähnten Falles;

b) in den Fällen der Bewilligung eines Antrags auf wiederholte Verlängerung. Ob von einer wiederholten Verlängerung gesprochen werden könne, wo die erste Verlängerung auf Parteivereinbarung beruhte, erscheint zweifelhaft; da der Paragraph 203 nur von der richterlichen Verlängerung und Abkürzung handelt, so dürfte — entgegen L. Seuffert a. a. O. §. 203 Nr. 3 — anzunehmen sein, daß in solchem Falle eine wiederholte Verlängerung im Sinne dieses Paragraphen nicht vorliegt.

In allen anderen Fällen, insbesondere also in allen Fällen der Abweisung des Gesuches, ist vorgängiges Gehör des Gegners nicht erforderlich.

4) Nur der das Fristverlängerungsgesuch abweisende Beschluß ist in Abs. 3 für unanfechtbar erklärt. Demnach ist anfechtbar und zwar mit der einfachen Beschwerde der Beschluß, durch welchen ein Abkürzungsgesuch zurückgewiesen wird (§. 530). Der Beschluß, durch welchen das Abkürzungs- bezw. Verlängerungsgesuch bewilligt wird, ist mit Beschwerde nicht anfechtbar, kann aber gemäß §. 473 gelegentlich der Berufung in der Hauptsache zum Gegenstande der Bekämpfung gemacht werden, was gegenüber dem Beschluß, der das Fristverlängerunsgesuch zurückweist, ebenfalls gemäß §. 473 nicht möglich ist.

5) Die Kosten einer Fristverlängerung hat derjenige zu tragen, der sie durch sein Verschulden veranlaßt (§. 90).

---

§. 204. (§. 197 des Entw.)

Einlassungsfristen, Ladungsfristen sowie diejenigen Fristen, welche für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmt sind, können auf Antrag abgekürzt werden.

Die Abkürzung der Einlassungs- und der Ladungsfristen wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in Folge der Abkürzung die

mündliche Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorbereitet werden kann.

Der Vorsitzende kann bei Bestimmung des Termins die Abkürzung ohne vorgängiges Gehör des Gegners und des sonst Betheiligten verfügen; diese Verfügung ist dem Betheiligten abschriftlich mitzutheilen.

Motive: „Durch die dem hannov. Entw. §. 190 und dem nordd. Entw. §. 231 sich anlehnenden Vorschriften des §. 197 wird dem Verfahren eine solche Elastizität gegeben, daß der Entwurf von der Aufstellung eines beschleunigten (summarischen) Verfahrens für bestimmte Kategorien von Sachen absehen und sich selbst für die summarische Prozedur im Urkunden- und Wechselprozesse auf die Anordnung einer kürzeren Einlassungsfrist für den Wechselprozeß (§. 543 Abs. 2) beschränken konnte.

„Selbstverständlich steht der Absatz 2 einer Vertagung der mündlichen Verhandlung nicht entgegen, wenn sich herausstellen sollte, daß die Einlassungs- oder Ladungsfrist so kurz bemessen war, daß dem Geladenen nicht die zur Vorbereitung der Defension nothwendige Zeit geblieben ist."

1) Ueber den Begriff der Einlassungs- und Ladungsfristen vgl. die Motive zu §. 194 Ziff. 1 und 2.

2) Die Bestimmung des Abs. 3 erscheint als Ausnahme von §. 203 Abs. 2, bezieht sich jedoch ihrem Wortlaute gemäß nur auf die Fälle, in welchen eine Abkürzung der Fristen bei Einreichung des betreffenden Schriftsatzes zum Zwecke der Terminsbestimmung (§§. 193, 233, 481, 517) beantragt wird. Es ist aber denkbar, daß ein solcher Antrag, insbesondere bezüglich der Vorbereitungsfristen (§§. 123, 244, 245, 494, 519), in der mündlichen Verhandlung gestellt wird, zu der der Antragsteller die Gegenpartei laden läßt (§§. 191, 194). In diesem Falle folgt aus dem Wesen der mündlichen Verhandlung, daß beide Theile gehört werden. Auch ergibt sich aus §. 294 Abs. 3, daß der in solcher Verhandlung auf den Antrag verkündete Beschluß den Parteien nicht abschriftlich mitzutheilen ist. Denn wenn auch die in Abs. 3 des §. 204 verfügte „Mittheilung" nicht gerade eine „Zustellung von Amtswegen" im eigentlichen Sinne ist (s. Nr. 5), so erscheint sie doch gegenüber dieser als das Minus und ist per argumentum a maiori ad minus aus §. 294 Abs. 3 nicht als erforderlich zu erachten.

3) Unter den „sonst Betheiligten" in Abs. 3 des §. 204 hat man die Intervenienten, Litisdenunziaten, die benannten Besitzer zu verstehen.

4) Das Erforderniß der Glaubhaftmachung eines erheblichen Grundes für die Abkürzung der Fristen auf Antrag, wie es §. 202 Abs. 2 allge-

mein aufstellt, gilt auch für die Abkürzung der in §. 204 genannten Fristen. Denn die besondere Hervorhebung der Abkürzungsmöglichkeit ohne Erwähnung jenes allgemeinen Requisites ist nur eine Folge der Bestimmung des Schlußsatzes in §. 202 Abs. 2. (A. M. Struckmann-Koch, Kommentar §. 204 Nr. 1. Dagegen Lothar Seuffert, Kommentar §. 204 Nr. 4.) Die in den Motiven betonte „Elasticität" des Verfahrens leidet unter diesem Erforderniß um deswillen nicht, weil die Beurtheilung der Erheblichkeit eines Grundes vollständig im freien Ermessen des Gerichtes liegt.

5) Die am Schlusse des §. 204 Abs. 3 angeordnete Mittheilung an die Betheiligten ist, wie schon gesagt (Nr. 2 a. E.), keine Zustellung im Sinne der §. 152 ff. Der Vorsitzende kann diese Mittheilung in der ihm gut scheinenden Form vollziehen, z. B. durch die Post oder durch Vermittlung eines Gerichtsdieners oder eines andern Bediensteten. Ausgeschlossen ist auch die Benützung des Gerichtsvollziehers nicht.

---

§. 205. (§. 198 des Entw.)

Die Parteien können die Aufhebung eines Termines vereinbaren.

Wird die Verlegung eines Termins beantragt, so finden die Bestimmungen über Verlängerung einer Frist entsprechende Anwendung.

Motive: „Es ist selbstverständlich, daß (abgesehen vom amtsgerichtlichen Verfahren [1]) die Parteien, wenn sie die Aufhebung eines Termins vereinbaren, nicht den Tag bestimmen können, auf welchen der Termin zu verlegen, daß vielmehr nur die vertragsmäßige Verschiebung eines Termins vorbehaltlich der Festsetzung eines neuen durch das Gericht bezw. dessen Vorsitzenden gestattet ist (hannov. Prot. I S. 329)."

1) Die „Parteien" können die Aufhebung eines Termins vereinbaren. Hierüber vgl. zu §. 202 Nr. 1.

2) Die „Aufhebung" eines Termines kann vereinbart werden, d. h. es kann vereinbart werden, daß ein festgesetzter Termin nicht stattfindet, gleichviel ob er zu einer anderen Zeit stattfinden soll oder überhaupt nicht.

3) Die „Vereinbarung" ist auch hier (vgl. zu §. 202 Nr. 1) an

---

[1]) S. §. 461 d. CPO.

keine Form gebunden, kann daher schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder stillschweigend getroffen werden.

4) Alle Termine können durch Vereinbarung aufgehoben werden. Eine Beschränkung wie für Nothfristen (§. 202 Abs. 1) gibt es nicht. Zwar bestimmt §. 332, daß der Termin zur Beweisaufnahme beim Nichterscheinen der Parteien (d. i. stillschweigender Vereinbarung vgl. §. 228 Abs. 2) insoweit abgehalten werden solle, als es nach Lage der Sache geschehen kann. Allein diese Vorschrift gilt nach der Fassung des §. 332 doch nur für den Fall des unmotivirten Nichterscheinens. Zeigen die Parteien vor dem Termin dem Gerichte bezw. beauftragten Richter ihre Vereinbarung an, so darf derselbe zufolge des §. 205 Abs. 1 (vgl. §. 228 Abs. 1) den Termin nicht abhalten (vgl. Wernz und Hauser in der Ztschr. für Reichs- u. Landesrecht Bd. III S. 354 u. 395, 396). Im Uebrigen ist eine Anzeige der Parteien an das Gericht von ihrer Vereinbarung zur Aufhebung des Termines nicht nothwendig.

5) Die Aufhebung eines Termines, insoweit sie Verlegung, Vertagung oder Neuanberaumung ist (§. 206), kann auch auf Antrag durch das Gericht verfügt werden (arg. §. 206 vv: „auch von Amtswegen"). Ueber die Vertagung und Neuanberaumung auf Antrag ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu verhandeln (§§. 119, 191). Auf die Verlegung eines Termins (über den Begriff s. §. 206) finden die Vorschriften über die Fristverlängerung auf Antrag entsprechende Anwendung. Hieraus ergeben sich folgende Sätze:

a) Die Verlegung eines Termines kann auf Antrag bewilligt werden, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind (§. 202 Abs. 2). Gesetzliche Termine gibt es nicht, folglich finden die Bestimmungen über die Verlängerung gesetzlicher Fristen keine Anwendung.

b) Ueber das Gesuch um Verlegung eines Termines kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden (§. 203 Abs. 1).

c) Die Bewilligung des Verlegungsgesuches ist ohne vorgängiges Gehör des Gegners zulässig, sofern nicht ein Gesuch um wiederholte Verlegung in Frage steht — (§. 203 Abs. 2 und hiezu die Erläuterungen Nr. 3 b).

d) Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen das Gesuch zurückgewiesen wird, findet nicht statt (s. zu §. 203 Nr. 4).

e) Einer besonderen Form bedarf das Gesuch nicht (vgl. zu §. 203 Nr. 1).

f) Die Kosten einer verschuldeten Terminsverlegung trägt derjenige, den das Verschulden trifft (vgl. zu §. 203 Nr. 5).

6) Für die Anwendung des §. 203 Abs. 2 ist es gleichgiltig, ob die Verlegung auf einen späteren oder früheren Termin, als der ursprünglich

festgesetzte war, beantragt wird. (A. M. Struckmann-Koch a. a. O. §. 205 Nr. 2, die im letzteren Fall Analogie der Bestimmungen über Abkürzung der Fristen wollen. Dagegen mit Recht Lothar Seuffert a. a. O. §. 205 Nr. 2 a. E. nach dem Satze: Ubi lex non distinguit judici non licet distinguere.)

---

§. 206. (§. 199 des Entw.)

Die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung und die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung kann auch von Amtswegen erfolgen.

1) Verlegung, Vertagung und Anberaumung zur Fortsetzung der Verhandlung unterscheiden sich in folgender Weise:

Verlegung eines Termins ist die Aufhebung eines Termins, bevor der Termin herangekommen ist unter gleichzeitiger Bestimmung eines neuen Termins. Vertagung einer Verhandlung ist die Anordnung, welche nach dem Beginn des Termins (§. 197) getroffen wird, daß die Verhandlung der Sache in diesem Termine nicht stattfinden solle mit Bezeichnung eines Termines, auf welchen die Verhandlung verschoben wird. Hiebei ist es gleichgiltig, ob die Parteien in dem ersten Termine schon in die Verhandlung eingetreten waren oder nicht. Es kann z. B. im Laufe der Plaidoyers sich die Nothwendigkeit einer Informationsergänzung und deshalb einer Vertagung herausstellen. Charakteristisch für die Vertagung ist nur, daß in dem neuen Termin von Neuem verhandelt wird ohne Rücksicht auf das früher Verhandelte. Die Anberaumung eines Termines zur Fortsetzung der Verhandlung besteht dagegen lediglich in der Festsetzung einer Zeit, in welcher die begonnene Verhandlung fortgeführt werden soll, so daß also die vorhergegangene Verhandlung nicht wieder aufgenommen wird. Sie wird regelmäßig nur die Folge eines äußeren Hindernisses der Beendigung einer Verhandlung sein. Sie hat mit der Vertagung nur das gemein, daß sie regelmäßig in dem Termine selbst erfolgt. (Vergl. S. 570 Z. 5 v. o.)

2) Die Verlegung, Vertagung und Neuanberaumung können auch von Amtswegen erfolgen. Daß sie überhaupt von Amtswegen erfolgen können, ist eine Besonderheit, die die Termine vor den Fristen voraus haben. Daß sie auch von Amtswegen erfolgen können, zeigt die Möglichkeit solcher Maßregeln auf Antrag. Die Verlegung eines Termins von Amtswegen, welche nicht in der Sitzung verkündet wird, muß gemäß §. 294 den Parteien durch Zustellung des bezüglichen Beschlusses bekannt gemacht werden.

Die Vertagung des Termins zur mündlichen Verhandlung muß immer

in dem Termine selbst beschlossen und gemäß §. 294 Abs. 1 verkündet werden. Der Vertagungsbeschluß bedarf demnach keiner Zustellung (§§. 195, 294 Abs. 3). Die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung ist auch außerhalb der mündlichen Verhandlung ausnahmsweise möglich. Für diese Fälle ist Zustellung bezw. Bekanntmachung von Amtswegen vorgeschrieben (vgl. §§. 333, 335 Abs. 2).

3) Zur Fortsetzung der Verhandlung kann ein neuer Termin anberaumt werden, solange nicht das Verfahren unterbrochen, ausgesetzt oder in Ruhe ist (§. 217—229). Die Aussetzung gemäß §§. 139, 140 hindert übrigens die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung nicht, da die Aussetzung nach §. 141 jederzeit zurückgenommen werden kann.

4) Die Vertagung der Verhandlung von Amtswegen ist auch dann zulässig, wenn die Parteien gemäß §. 461 an einem ordentlichen Gerichtstage freiwillig erscheinen, und im Versäumnißverfahren unter der Beschränkung des §. 302.

5) Die Terminsaufhebung von Amtswegen schließt die Verurtheilung der Partei, welche die schuldhafte Veranlassung hiezu gegeben hat, in die Kosten (§. 90) nicht aus (vgl. zu §. 124 Nr. 2 S. 411).

6) Rechtsmittel finden gegen die Offizialbeschlüsse des Gerichts nach §. 206 nicht statt. Das einzige denkbare Rechtsmittel dagegen — die Beschwerde — setzt die Zurückweisung eines das Verfahren betreffenden Gesuches voraus.

---

§. 207. (§. 200 des Entw.)

Die in diesem Titel dem Gerichte und dem Vorsitzenden beigelegten Befugnisse stehen dem beauftragten oder ersuchten Richter in Bezug auf die von diesen zu bestimmenden Termine und Fristen zu.

1) Ueber den Unterschied zwischen „beauftragtem" und „ersuchtem" Richter vgl. Motive zu §. 151 o. S. 458 —. Die Fälle, in welchen der beauftragte oder ersuchte Richter Termine und Fristen bestimmen bezw. verlängern, verkürzen, verlegen, vertagen und von Neuem anberaumen kann, finden sich in den §§. 313—319, 326, 327, 331, 337, 340, 367, 370, 399, 441.

2) Wird die Anordnung des beauftragten oder ersuchten Richters beanstandet, so haben sich die Parteien an das Prozeßgericht um Abänderung zu wenden. Erst gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts findet gegebenen Falls die Beschwerde statt (§. 539). —

Vierter Titel.

Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Unter den Folgen der Versäumung versteht das Gesetz die Nachtheile, welche mit der Nichtbeachtung der für prozessuales Handeln gesetzten Zeitgrenzen bezw. mit der Unterlassung der nothwendigen oder fakultativen Prozeßhandlungen in den Terminen verbunden sind. Diese Nachtheile bestehen ganz allgemein darin, daß die säumige Partei mit der Handlung ausgeschlossen ist, die sie innerhalb der gesetzten Zeitgrenze oder in dem bestimmten Termine hätte vornehmen sollen. Da aber die strenge Durchführung dieses Grundsatzes in vielen Fällen unbillige Härten mit sich führen würde, so sind Maßregeln getroffen, welche diese Härten auszugleichen bestimmt sind. Der Gesetzgeber sah sich hiebei einer mannichfaltigen Rechtsentwicklung gegenübergestellt. Während das System des Gemeinen Rechtes überall fast gegen prozessuale Versäumung die allgemeine in integrum restitutio bei Vorhandensein ihrer Voraussetzungen gewährte, haben die Partikulargesetzgebungen die Aufhebung der Versäumnißfolgen in einem mehr oder weniger beschränkten Umfange zugelassen, insbesondere da, wo sie auf dem Standpunkte des mündlichen Verfahrens stehen, nur gegen Terminsversäumung eine allgemeine Nachsicht gewährt; während das Gemeine Recht und ältere Partikularrechte ein Hauptmittel gegen die Härten der Versäumnißfolgen darin erblickten, daß sie fast allen Terminen und Fristen bei erstmaliger und oft bei mehrfach wiederholter Festsetzung bis zu einer bestimmten Zahl von Wiederholungen dilatorischen Charakter beilegten, haben die neueren Gesetzgebungen konsequent die peremptorische Qualität der Zeitbestimmungen ausgesprochen.

Ist die Versäumung eingetreten, so konnte nach Gemeinem Rechte die Restitution, nach dem Systeme des französischen Prozesses der Einspruch, Abhülfe gegen die verwirkten Versäumnißfolgen schaffen. Die erstere ist abhängig von dem Nachweise eines Restitutionsgrundes, der letztere, ein rein formales Mittel zur Wiedereröffnung des Verfahrens, abhängig allein von dem Entschlusse der säumigen Partei, gleichviel welches der Grund ihrer Saumsal war.

Eine Uebersicht der bisherigen Legislationen, welche für das Verständniß des Systems der CPO. zur Erleichterung der Verknüpfung des bestehenden mit dem neuen insbesondere für den Praktiker von Bedeutung ist, geben die Motive zu §§. 201—203 des Entwurfs in Folgendem:

„Die preußische Allgemeine Gerichtsordnung schritt gegen die prozessua-

liſche Restitution energisch ein; indem sie den peremtorischen Charakter aller Termine und Fristen statuirte, wurde die Restitution unter der Voraussetzung bescheinigter erheblicher Gründe nur gegen Kontumazial- und Präklusions-Erkenntnisse, sowie gegen die versäumte Rechtsmittelfrist beibehalten (A.-G.-O. I 14, Abschn. 3, I 50, §. 167, I 14, §. 34). Die Restitution gegen Nothfristenversäumung ist nachmals völlig beseitigt (Verordn. vom 14. Dezbr. 1833 §. 22, Declaration vom 6. April 1839 Art. 13. 14, Verordn. vom 21. Juli 1846 §. 27), die Restitution wider Kontumazialurtheile und diesen gleichstehende Mandate aber des Erfordernisses der justa causa entkleidet, somit der Sache nach zum Einspruche gemacht und auf versäumte Eidesleistungstermine ausgedehnt worden (Verordn. vom 28. März 1840 §. I, vom 21. Juli 1846 §. 31). Die Bestrebungen, diese Strenge nach Maßgabe der Verordnungen vom 21. Juli 1849 §. 67 und 24. Juni 1867 §. 74 zu mildern (Einführung der prätorischen Restitution allgemein gegen Fristen und Terminsversäumnisse, jedoch unter strengen Bedingungen), haben im Allgemeinen keine günstige Beurtheilung gefunden.

„Als einziges Mittel, um zur Aufhebung der Nachtheile einer Versäumung zu gelangen, giebt der Code de proc. Art. 149 ff. den Einspruch (opposition contre tous les jugements rendus par défaut. Gegen Fristversäumnisse wird Abhülfe nicht gewährt. In beschränkter Weise trifft das genfer Gesetzbuch eine solche Abhülfe; gegen jugements rendus par défaut und ordonnances préparatoires rendus par défaut findet der ordentliche (Art. 129, 136, 141), gegen Versäumung der Einspruchsfrist der außerordentliche Einspruch statt, welcher letztere als eine der Zeit wie den Gründen nach beschränkte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aufzufassen ist (Art. 139). Diesem Vorgange schließen sich an die hannov. Proz.-Ordn. (§§. 157 ff.) und der preuß. Entw. (§§. 365 ff.). Während beide eine weitere Fristenrestitution als die im außerordentlichen Einspruche gegebene nicht kennen, ist der Kreis des ordentlichen Einspruchs über wirkliche Versäumniß-Definitivurtheile hinaus erweitert, zugleich ein restitutionsähnliches Nachholen innerhalb einer Verhandlnng versäumter Prozeßhandlungen unter Umständen gestattet (vgl. hannov. Proz.-Ordn. §§. 204, 242, preuß. Entw. §. 528 u. a.).

„Den Uebergang zu den die Fristenrestitution in erweitertem Umfange gewährenden Gruppen bildet die badische Prozeßordnung. Versäumungserkenntnisse, gegen welche der Einspruch und nach Ablauf der Einspruchsfrist der außerordentliche Einspruch gewährt wird, ergehen darnach auch über versäumte Berufungsfrist, über Annahme von Zugeständnissen und Anerkenntnissen bei Unterlassung des Bestreitens u. a. (bad. Proz.-Ordn.

§§. 208—225, 331, 332, 1129). Die Zulässigkeit des Nachholens von Thatsachen und Beweisen in der Instanz aus objektiven Restitutionsgründen wird im Grundsatze ausgesprochen (§. 224). Der hannoversche, sächsische und norddeutsche Entwurf haben den ordentlichen Einspruch wider bestimmte Versäumnißverfügungen bezw. Versäumnißurtheile übernommen (hannov. Entw. §§. 196 ff., sächs. Entw. §§. 541, 547, nordd. Entw. §§. 430 ff.), sie gewähren gegen den Ablauf von Nothfristen eine strenge Restitution und in einzelnen Fällen auch Abhülfe nach Art der Restitution wider Versäumung von Parteivorbringen in der Verhandlung, der sächsische Entwurf in weiterem Umfange als die beiden anderen und unter der besonderen technischen Bezeichnung „Wiedereinsetzung" (vgl. sächs. Entw. §§. 541, 547, 524 ff., hannov. Entw. §§. 205, 246, 284, 285, 333, 586 u. a., nordd. Entw. §§. 289 ff., 416 u. a.).

„Am weitesten gehen der hessische Entwurf und die Prozeßordnungen von Bayern und Württemberg. Die Folgen versäumter Verhandlung können durch den ordentlichen Einspruch, die Folgen versäumter gesetzlicher oder richterlicher Fristen allgemein durch eine strenge Restitution beseitigt, unvollständiges Handeln aus restitutionsähnlichen Gründen mehr oder minder sanirt werden (vgl. hess. Entw. Art. 413, 273 ff., 364 u. a., Württemberg Art. 272 ff., 283 ff., 291, Bayern Art. 216 ff., 309 ff., 522, 565, 184 u. a.).

„Der Entwurf hat in seinem Kontumazialsystem diejenige Mitte eingeschlagen, welche er zweckmäßig in dem norddeutschen Entwurf in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem hannoverschen vorgezeichnet fand, und welche unter dem Beifalle namentlich des Anwaltstandes (Meyersburg, Gutachten S. 28 ff., Gutachten des Anwaltsvereins S. 174 ff., Verhandl. d. 9. Juristentags S. 118 ff.) sich gleich weit von zu Härten führender Strenge wie prozeßverschleppender Milde fernhält. Die Grundsätze lassen sich dahin zusammenfassen:

1) Alle Termine und Fristen haben peremtorische Natur, so daß — von Ausnahmen abgesehen [1]) — schon auf die erste Ladung hin ein Versäumnißurtheil ergehen kann;

2) die Nothwendigkeit der Androhung der Kontumazialfolgen ist beseitigt, was insbesondere gegenüber dem altpreußischen Rechte hervorzuheben ist;

3) Ungehorsamsbeschuldigung wird zum Eintritte der Rechtsnachtheile

[1]) Diese Ausnahmen s. in §§. 316 ff., 578, 611, 620, 624, 626.

der Versäumung regelmäßig nicht erfordert, und wo sie durch spezielle Gesetzesvorschrift für nothwendig erklärt ist [1]), wird die Nachholung des Versäumten bis zum Schlusse der Verhandlung über die Ungehorsamsbeschuldigung zugelassen;

4) abgesehen hiervon findet die Aufhebung der Folgen der Versäumung durch Nachholen des Versäumten (morae purgatio) oder auf dem Wege eines selbständigen Rechtsbehelfs nur da statt, wo das Gesetz dieselbe speziell zuläßt. Die Restitution gegen Fristenablauf und unvollständiges Handeln innerhalb der Verhandlung ist im Grundsatze beseitigt.

„Das Gesetz läßt die Aufhebung der Versäumungsfolgen zu:

a) allgemein gegen Versäumung von Verhandlungsterminen und das darauf basirte Versäumnißurtheil, sei es in der Hauptsache oder über einen Zwischenstreit (§. 302 Abs. 2), mittelst Einspruchs;

b) ausnahmsweise gegen unvollständiges Handeln im Termine aus restitutionsähnlichen Gründen und so lange noch nicht endlich erkannt ist, mittelst Nachholung;

c) gegen Versäumung von Nothfristen im Wege einer strengen Restitution.

„Die Grundsätze zu 1—3 sind genereller Natur und haben deshalb in den §§. 201 und 202 ihre systematische Stellung mit Grund in dem vorliegenden Titel gefunden (vgl. Proz.-Ordn. v. Bayern Art. 214, Oldenburg Art. 98, 99, nordd. Entw. §. 284 ff.). Ueber die zulässige Wiederaufhebung der Folgen der Versäumung enthält sich der Entwurf auch hier eines allgemeinen Satzes, wie er zu 4) aus den Einzelvorschriften des Entwurfs heraus entwickelt und beispielsweise in der hannov. Proz.-Ordn. §. 156 ausgesprochen ist; das Versäumnißurtheil und der Einspruch werden zweckmäßiger im konkreten Anschlusse an das Verfahren (§. 280 ff.) behandelt; dasselbe gilt von den Fällen der morae purgatio [2]), dagegen findet die Wiedereinsetzung gegen Versäumung von Nothfristen (§. 204 ff.) hier, im allgemeinen Theile des Verfahrens, ihre richtige Stellung und Rechtfertigung."

---

[1]) Vgl. §. 209 d. CPO.

[2]) Vgl. §§. 44 Abs. 4, 247 Abs. 3, 252 Abs. 2, 267 Abs. 1, 319 Abs. 2, 332 Abs. 2, 339, 367, 398, 490, 869 u. a.

§. 208. (§. 201 des Entw.)

Die Versäumung einer Prozeßhandlung hat zur allgemeinen Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird.

Motive: „Die rechtlichen Folgen der Versäumung einer Prozeßhandlung sind theils allgemeine, theils besondere.

„Der §. 201 behandelt nur die ersteren, und spricht in abstracto aus, welche Folgen es habe, wenn eine Partei eine befristete prozessuale Einzelhandlung oder einen Termin versäumt, beziehungsweise eine Prozeßhandlung während der mündlichen Verhandlung ganz oder partiell unterläßt. Versäumung und Verweigerung sind völlig gleichgestellt. Daß diese Folgen darin zu bestehen haben, daß die Partei (neben der Verpflichtung zum Ersatze der durch die Versäumung entstehenden Kosten §§. 88, 208, 299) mit derjenigen Prozeßhandlung ausgeschlossen wird oder werden kann, welche innerhalb der betreffenden Frist oder in dem Termine vorzunehmen war, ist bereits bestehendes Prozeßrecht in Deutschland (vgl. Proz.-Ordn. v. Württemberg Art. 270 ff., Kommiss.-Ver. S. 93, Bayern Art. 215, Hannover §. 155, Oldenburg Art. 98, Braunschweig §. 120, Baden §§. 208, 331, hannov. Entw. §. 133, 194, hess. Entw. Art. 271, nordd. Entw. §. 284, sächs. Entw. §. 537, österr. Entw. §. 204).

„Die besonderen Folgen der Versäumung sind im Gesetze besonders normirt; sie sind so verschieden, als der Inhalt und Zweck der vorzunehmenden Handlung selbst und bestehen bald in dem Präjudize der Annahme eines Zugeständnisses (§§. 125, 286) oder der Anerkennung einer Urkunde (§§. 379, 391) oder der Genehmigung (§. 79), bald in der Annahme eines Verzichts auf das Klagerecht (§. 285) oder der Verweigerung eines Eides (§§. 404, 412, 413) u. A.“

1) Besondere Folgen der Versäumung sind außer den in den Motiven angeführten:

a) Die Annahme stillschweigender Vereinbarung über die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichtes, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat §. 39.

b) Die Erklärung, daß die Klage als zurückgenommen gelte, bezw. die Verwerfung des eingelegten Rechtsmittels, wenn der zur Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten verpflichtete Kläger innerhalb der vom Gerichte bestimmten Frist die Sicherheit nicht leistet, §. 105.

c) Die Annahme des Zugeständnisses der behaupteten Rechtsnachfolge, wenn die Rechtsnachfolger einer verstorbenen Prozeßpartei auf die Ladung

des Gegners zur Wiederaufnahme des durch den Tod unterbrochenen Verfahrens im Termine nicht erscheinen, und unter gleicher Voraussetzung der Ausspruch, daß das Verfahren von den Rechtsnachfolgern wieder aufgenommen sei. §. 217 Abs. 4, §. 223 Abs. 2.

d) Die Annahme, daß das durch den Tod oder die Unfähigkeit des Anwalts unterbrochene Verfahren als wiederaufgenommen gelte, wenn die Partei, welche von diesem Anwalt vertreten wurde, die Anzeige von der Bestellung eines neuen Anwalts verzögert und entweder auf die von der Gegenpartei erfolgte Ladung zur Wiederaufnahme nicht erscheint oder die vom Vorsitzenden bestimmte Frist zur Bestellung eines neuen Anwalts verstreichen läßt §. 221 Abs. 2.

e) Die Fiktion, daß das Ruhen des Verfahrens vereinbart sei, wenn beide Parteien in einem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheinen §. 228 Abs. 2.

f) Die Annahme der Einwilligung des Beklagten in die Klageänderung, wenn derselbe ohne Widerspruch gegen die Aenderung sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat §. 241.

g) Die Verwerfung des Einspruchs, wenn derjenige, welcher ihn erhoben hat, in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung oder in der Sitzung, auf welche die Verhandlung vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt §. 310.

h) Die Annahme des Zugeständnisses der Behauptungen des Gegners im Rechnungsprozeß, wenn die Partei in dem zur Erklärung auf diese Behauptungen anberaumten Termine nicht erscheint §. 316.

i) Die Annahme des Zugeständnisses der Behauptungen des Berufungsklägers bezw. die Annahme, daß ein zulässigerweise von diesem beantragtes Beweisverfahren das in Aussicht gestellte Ergebniß gehabt habe, wenn der Berufungsbeklagte in dem zur mündlichen Verhandlung angesetzten Termin vor dem Berufungsgerichte nicht erscheint §. 504, vgl. §. 529.

k) Die Verwirkung einer Geldstrafe, wenn im ehegerichtlichen Verfahren die zum persönlichen Erscheinen geladene Partei ausbleibt §. 579.

l) Erlöschen der Wirkungen der Rechtshängigkeit zufolge eines Zahlbefehls, wenn nach Erhebung des Widerspruchs gegen den Zahlbefehl die zum Landgerichte gehörige Klage nicht binnen einer sechsmonatigen Frist erhoben wird, die mit dem Tage der Benachrichtigung von der Erhebung des Widerspruchs beginnt §. 637. Die gleiche Wirkung tritt ein, wenn nicht innerhalb einer sechsmonatigen Frist nach Ablauf der Widerspruchsfrist der Vollstreckungsbefehl nachgesucht wird §. 641.

m) Die Fortsetzung der durch Anordnung des Vollstreckungsgerichtes unterbrochenen Vollstreckung, wenn die zur Einholung der Entscheidung des

Prozeßgerichts von dem Vollstreckungsgericht vorgesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist §. 688 Abs. 2, 690 Abs. 3, 696 Abs. 3, 710 Abs. 4.

n) Die Haftung des Drittschuldners für den dem betreibenden Gläubiger entstehenden Schaden, wenn der Drittschuldner nicht innerhalb zweier Wochen vor der Zustellung des Pfändungsbeschlusses dem Gläubiger die in §. 739 erwähnte Erklärung abgibt §. 739 Abs. 2.

o) Die Annahme der Zurückziehung des gegen den Theilungsplan erhobenen Widerspruchs, wenn der widersprechende Gläubiger in der zur Verhandlung über die Widerspruchsklage (§. 764 Abs. 1) bestimmten Sitzung nicht erscheint §. 767.

p) Die Anordnung der Haft gegen den Schuldner, welcher in dem zur Leistung des Offenbarungseides bestimmten Termine nicht erscheint oder die Leistung des Eides ohne Grund verweigert §. 782.

q) Entlassung des Schuldners aus der Haft, wenn der betreibende Gläubiger nicht spätestens bis zum Mittag des letzten Tages des Monats, für welchen Vorschuß der Haftkosten geleistet ist, den Vorschuß erneuert §. 792.

r) Aufhebung des Arrestes, falls nicht binnen der vom Gerichte bestimmten Frist Klage in der Hauptsache erhoben wird §. 806 Abs. 2.

s) Aufhebung der einstweiligen Verfügung, wenn dieselbe nicht innerhalb der vom Gerichte bestimmten Frist gerechtfertigt wird §. 820 Abs. 2.

t) Ernennung des Schiedsrichters von dem zuständigen Gericht, wenn die eine Partei nach Aufforderung der anderen zur Benennung ihres Schiedsrichters einen solchen innerhalb acht Tagen nicht benennt §. 855 Abs. 2. Vgl. noch §. 857. —

2) Nur die Partei, welche eine Prozeßhandlung versäumt, ist mit derselben ausgeschlossen. Auf die Stellung der übrigen Streitgenossen hat die Saumsal des einen oder anderen derselben keinen Einfluß (vgl. §. 58). Im Falle des §. 59 aber genügt die Thätigkeit eines einzigen Streitgenossen, um alle übrigen vor den Folgen ihrer Versäumung zu bewahren.

3) Fälle, in welchen aus besonderen, restitutionsähnlichen Gründen die Nachholung versäumter Prozeßhandlungen möglich ist, s. zu den vor §. 208 abgedruckten Motiven Note 2.

---

§. 209. (§. 202 des Entw.)

Einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung bedarf es nicht; dieselben treten von selbst ein, sofern nicht dieses Gesetz einen auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils gerichteten Antrag erfordert.

Im letzteren Falle kann, so lange nicht der Antrag gestellt und die mündliche Verhandlung über denselben geschlossen ist, die versäumte Prozeßhandlung nachgeholt werden.

Motive: „Weder die allgemeinen noch die besonderen Nachtheile der Versäumung bedürfen einer vorgängigen Androhung (vgl. Proz.-Ordn. v. Hannover §. 155, Bayern Art. 215, Württemberg Art. 270, 272, Oldenburg Art. 99, hannov. Entw. §. 195, nordd. Ent. §. 285, österr. Entw. §. 205). Das Gericht ist berufen, um über die von ihm verhandelten Streitpunkte zu urtheilen; die Verhandlung und Entwickelung der Streitpunkte ist Sache der Parteien; das Gesetz, nicht das Gericht, schreibt ihnen das „Wie" vor, sagt ihnen insbesondere, welche Nachtheile die Vernachlässigung seiner Gebote zur Folge habe. (Vgl. Leonhardt, B. PO. Bd. IV S. 126 ff., Motive zum württemb. Entw. Tit. XIV S. 240 ff., württemb. Komm.-Ber. S. 88 ff.) Hierin liegt zugleich die besondere Rechtfertigung für den weiteren Satz, daß die vom Gesetze gedrohten, einer Androhung nicht bedürftigen Nachtheile auch kraft des Gesetzes, ohne hierauf gerichtetes besonderes Verlangen und — abgesehen von dem Versäumnißurtheile — ohne eine den Nachtheil besonders aussprechende richterliche Verfügung ins Leben treten.

„Neben beiden Regelsätzen bestehen Ausnahmen in beschränktem Umfange. Die Androhung des Versäumungsnachtheils ist erforderlich im Zahlungsbefehle (§. 585) und bei öffentlichen Aufgeboten (§§. 769 Nr. 3, 786) — Ausnahmen, welche sich aus der Natur dieser besonderen Verfahrensarten rechtfertigen. Nicht hierher zu beziehen ist das den Zeugen und Sachverständigen zu stellende Präjudiz (§§. 331, 354). Erheblicher erscheint die Zahl der Fälle, wo ein auf Verwirklichung des Versäumungsnachtheils gerichteter Antrag (Ungehorsamsbeschuldigung) für erforderlich erklärt ist. Hierher gehört vor Allem in Beziehung auf die Versäumung von Terminen das große Gebiet des Versäumnißurtheils [§§. 285 ff., 302, 138, 209, 219 [1]), 212 [1]), 215 Abs. 2, 308, 413, 483, 505, 539, 555, 592, 714 [2])],

---

[1]) Hiezu §. 8 Abs. 1 der Konkursordnung.

[2]) Vgl. noch CPO. §§. 611, 620, 626.

was mit der vom Entwurf angenommenen Konstruktion des Versäumnißverfahrens und der Zulassung des Einspruchs im Zusammenhange steht.

„Mit der Nothwendigkeit der Ungehorsamsbeschuldigung ist von selbst gegeben, daß bis zum Antrage die Möglichkeit offen bleiben muß, das Versäumte nachzuholen. Der Entwurf gestattet die Nachholung aber auch noch bis zum Schlusse der Verhandlung über den gestellten Antrag [§§. 123, 587, 773 [3])], was sich im Hinblick auf die hier überwiegend in Betracht kommende Versäumung von Terminen schon aus §. 190 Abs. 2 als nothwendig ergab.

„Daß übrigens unter dem auf Verwirklichung des prozessualischen Nachtheils gerichteten Antrage, wo nicht ein Anderes erhellt, nur der in der mündlichen Verhandlung, nicht in schriftlichen Eingaben gestellte Antrag zu verstehen und entscheidend ist, bedurfte keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze (württemb. Motive a. a. O. S. 242, hannov. Prot. XIV S. 6240)."

1) Die Folgen der Versäumung, welche einer Androhung nicht bedürfen, treten zwar ohne einen besonderen Ausspruch des Gerichtes von selbst ein. Allein es steht den Parteien regelmäßig — soweit es sich nicht um Nothfristen handelt — frei, auf diese Folgen zu verzichten. So kann z. B. der Kläger die Klagsbeantwortung nach Ablauf der in §. 244 vorgesetzten Frist als rechtzeitig acceptiren, der betreibende Theil im Falle des §. 217 Abs. 4 dem Gegner die Einrede noch nachträglich gestatten, daß er nicht Rechtsnachfolger sei ꝛc. Im Uebrigen findet eine Vereinbarung über den Eintritt oder Nichteintritt von Versäumnißfolgen abgesehen vom schiedsrichterlichen Verfahren — §. 860 — nicht wirksam statt.

2) Eine äußerst wichtige Ergänzung der Bestimmungen über zuläßige Nachholung des Versäumten (s. die Motive zu diesem Paragraphen und zu vor. §. 208 Note 1) enthält §. 493.

3) Die Versäumung dessen, was in einem Termine zur mündlichen Verhandlung vorzunehmen ist, tritt erst mit dem Schlusse der Verhandlung ein (§. 197). Da nun die Verhandlung, selbst wenn sie in mehreren zeitlich getrennten Akten vor sich geht, als ein einheitliches Ganzes erscheint (s. o. S. 395 Z. 7 v. u., 396), so können alle prozessualen Handlungen noch wirksam für den betreffenden Termin vorgenommen werden, wenn dieß in der Verhandlung, die der Entscheidung des Gerichtes unmittelbar vorhergeht, geschieht. Ganz besonders tritt dieß hervor bei Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung — §. 142 —. Vgl. noch §§. 332 Abs. 2,

---

[3]) Vgl. noch CPO. §. 105.

335. Ueber das Prinzip, daß in den Fällen, wo eine Ungehorsamsbeschuldigung erfordert wird, eine Nachholung des Versäumten bis zum Schlusse der Verhandlung über den Antrag auf die Verhängung der Ungehorsamsfolgen zulässig sein solle, geht die Bestimmung des §. 105 in sofern noch hinaus, als dort die Nachholung noch bis zur Entscheidung des Gerichtes für möglich erklärt wird.

4) Ein schriftlicher Antrag auf Verhängung der Versäumnißfolgen wird ausnahmsweise in §. 639 erfordert, da das Mahnverfahren sich überhaupt in den Formen der Schriftlichkeit bewegt.

---

§. 210. (§. 203 des Entw.)

Auf Grund der den Minderjährigen und den ihnen gleichgestellten Personen als solchen zustehenden Rechte findet die Aufhebung der Folgen einer Versäumung nicht statt.

Insofern die Aufhebung der Folgen einer unverschuldeten Versäumung zulässig ist, wird eine Versäumung, welche in der Verschuldung eines Vertreters ihren Grund hat, als eine unverschuldete nicht angesehen.

Motive: „Der Ausdruck „Vertreter" umfaßt die gesetzlichen Vertreter und die Stellvertreter — Prozeßbevollmächtigten, negotiorum gestores §§. 72 ff., 83."

1) Dieser Paragraph bezieht sich nicht blos auf die in der CPO. sogenannte „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand". Diese richtet sich in der Hauptsache nach den Bestimmungen der §§. 211—216. In §. 210 ist von der Aufhebung der Folgen einer Versäumung im Allgemeinen die Rede und bezüglich dieser die minor aetas als Restitutionsgrund ausgeschlossen. Den Minderjährigen gleichgestellt in Bezug auf die Restitution sind gemeinrechtlich und in vielen Landesrechten der Staatsfiskus, die Gemeinden, die Kirchen und milden Stiftungen. Durch den Ausschluß der Restitution ex capite minoris aetatis werden jedoch nur prozessuale Versäumnisse betroffen. Civilrechtlich hat es bei den Bestimmungen des Gemeinen bezw. des Landesrechts sein Verbleiben. Wenn daher z. B. ein Minderjähriger die Klagenverjährung durch Klagestellung zu unterbrechen versäumt hat, so steht §. 210 Abs. 1 seiner Restitution gegen die Versäumniß unter den civilrechtlichen Voraussetzungen nicht im Wege.

2) Fälle der Aufhebung von Versäumnißfolgen, wie sie §. 210 im Auge

hat, finden sich z. B. in §§. 211 Abs. 2, 247 Abs. 2, 267 Abs. 1, 332 Abs. 2, 490, 869. In all diesen Fällen soll nun nach §. 210 Abs. 1 allerdings die Minderjährigkeit kein Restitutionsgrund sein; die übrigen gemeinrechtlichen Restitutionsgründe, wie metus, absentia, dolus sind dagegen nicht ausgeschlossen (a. M. Lothar Seuffert a. a. O. §. 210 Nr. 2). Denn von einem Verschulden der Partei — der Voraussetzung für die Nichtaufhebung der Versäumnißfolgen — kann in den hier gemeinten Fällen überall nicht die Rede sein, wo die Versäumung durch Zwang, Betrug, Abwesenheit veranlaßt wurde.

3) Gleich der Minderjährigkeit soll auch das Verschulden eines Vertreters an einer Versäumung nicht als justa causa der Aufhebung eingetretener Versäumnißfolgen gelten. Wer als Vertreter zu erachten sei, sagen die Motive; darüber hinauszugehen und etwa auch den Zustellungsbevollmächtigten als Vertreter im Sinne dieses Paragraphen aufzufassen (wie Lothar Seuffert a. a. O. §. 210 Nr. 3 und Puchelt a. a. O. Abth. I S. 498 Nr. 5) ist nicht zulässig. Denn es besteht kein Grund zu der Annahme, daß der Gesetzgeber hier von dem in Abschnitt II Titel 1 und 4 des ersten Buches, welche von den Parteien handeln, beobachteten Sprachgebrauche abweichen wollte. Dieser Sprachgebrauch geht aber dahin, daß der Ausdruck „Vertreter" nur von den gesetzlichen Vertretern prozeßunfähiger Parteien oder von den Prozeßbevollmächtigten gebraucht wird. Bestätigung findet dieser Sprachgebrauch noch in anderen Bestimmungen der CPO., wie in §§. 41 Ziff. 4, 92, 97, 157, 219, 221, 693 u. a. Nirgends wird der Zustellungsbevollmächtigte als Vertreter bezeichnet. Die Motivirung der gegentheiligen Ansicht bei Puchelt a. a. O. (L. Seuffert motivirt sie gar nicht), daß die Unthätigkeit des Zustellungsbevollmächtigten nach §. 211 Abs. 2 ausnahmsweise als Restitutionsgrund angeführt sei, trifft nicht entfernt zu. Denn in §. 211 Abs. 2 ist durchaus nicht von dem Zustellungsbevollmächtigten die Rede, sondern ganz allgemein von den Fällen, wo die Zustellung eines Versäumnißurtheils nicht zur Kenntniß des Requisiten gelangt ist. Allerdings kann hieran die Unthätigkeit eines Zustellungsbevollmächtigten schuld sein, aber auch ebensogut die eines Ersatzmanns nach §§. 166—169. Eben weil §. 211 Abs. 2 ganz allgemein gehalten ist, findet er auch auf den „Vertreter" Anwendung, wenn dieser ohne Schuld von der Zustellung keine Kenntniß erlangte. Will man aber in §. 211 Abs. 2 eine Spezialvorschrift erblicken, so liegt die Spezialität lediglich darin, daß er von der „Wiedereinsetzung" im Sinne der CPO. und zwar von der gegen Versäumung der Einspruchsfrist handelt. Es muß demnach die Möglichkeit zugegeben werden, daß eine durch den Zustellungsbevollmächtigten verschuldete Versäumung als unverschuldet im Sinne des §. 210 Abs. 2 erscheint, so

z. B. die Versäumung der Rüge einer Verletzung der Zustellungsvorschriften der §§. 165—169, welche darin ihren Grund hat, daß der Zustellungsbevollmächtigte von der stattgehabten Verletzung der Partei keine Kenntniß gab.

Ob eine unverschuldete Versäumung auch dann vorliege, wenn zwar nicht der Vertreter, wohl aber die vertretene Partei von den Umständen Kenntniß hatte, deren Unkenntniß die Voraussetzung der mangelnden Verschuldung ist, entscheidet das Gesetz nicht direkt. Allein wenn erwogen wird, daß der Vertreter — es kann hier selbstverständlich nur an den Prozeßbevollmächtigten gedacht werden — die Prozeßführung allein bethätigt und daß geradezu ein Verzicht der vertretenen Partei auf die Prozeßführung fingirt wird (s. Motive zu §. 162), so wird man zu dem Resultat kommen müssen, daß nur die Kenntniß des Vertreters von rechtlichem Belange ist. Wenn beispielsweise die Einrede des §. 247 Ziff. 5 Seitens des Vertreters versäumt ist, weil ihm nachweisbar deren thatsächliche Unterlage unbekannt geblieben war, so kann diese Einrede noch in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden (§. 490 Abs. 1; a. M. Puchelt a. a. O. S. 497 Nr. 4).

---

§. 211. (§. 204 des Entw.)

Einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Nothfrist einzuhalten, ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen.

Hat eine Partei die Einspruchsfrist versäumt, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu ertheilen, wenn sie von der Zustellung des Versäumnißurtheils ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erlangt hat.

1) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand findet nur gegen Nothfristen statt. Nothfristen sind nur diejenigen Fristen, welche in der CPO. als solche bezeichnet sind (§. 201 Abs. 3). Hieraus und aus dem Umstande, daß §. 65 der Konkursordnung die Vorschriften der CPO. auf das Konkursverfahren anwendbar erklärt, folgt, daß gegen die in §§. 140 ff. der Konkursordnung erwähnte „Ausschlußfrist" eine Wiedereinsetzung nicht gewährt werden kann. Denn nirgends wird in der CPO. noch in der Konkursordnung diese Frist als Nothfrist bezeichnet. So hart dieß scheinen mag, so einfach ist diese Konsequenz. (Zu dem gleichen Ergebniß, wenn auch aus anderen Gründen, gelangt von Völderndorff, Kommentar zur

Konkursordnung II. Abtheilung §. 144 S. 392 Nr. II.) Die Nothfristen der CPO. sind aufgezählt in den Motiven zu §. 194 Ziff. 4.

2) Die Wiedereinsetzungsgründe sind nach Abs. 1 Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle, m. a. W. solche Umstände, welche Art. 395 des Allg. D. HGB. unter der Bezeichnung der höheren Gewalt subsumirt. Hierauf beziehen sich denn auch die Motive zu §. 204 des Entw. ausdrücklich. (Offizielle Ausgabe S. 172, Kortkampf'scher Abdruck S. 460.) Es ist natürlich in jedem einzelnen Falle eine Thatfrage, ob eine vis major vorliege. Aus der Fassung des Gesetzes ergibt sich aber jedenfalls soviel, daß unter den „anderen unabwendbaren Zufällen" im Gegensatze zu „Naturereignissen" Ereignisse verstanden werden müssen, welche von irgend einem menschlichen Willen herbeigeführt werden und welche die Partei an der Ausführung ihres Bestrebens, die Nothfrist zu wahren, verhindern. [Ueber Begriff und Beispiele der vis major vgl. übrigens: Entsch. des ROHG. Bd. 2 S. 259 [1]), Bd. 8 S. 30 u. 160, Bd. 12 S. 107, Bd. 13 S. 71 Bd. 19 S. 219; Anschütz und v. Völdernndorff, Kommentar zum Allg. Deutschen HGB. Bd. III S. 424; Makower, Kommentar z. A. D. HGB. Art. 395 Note 10a; Hahn, Kommentar z. A. D. HGB. Art. 395 Nr. III Ziff. 5.]

Zur Restitution nach §. 211 Abs. 1 wird erforderlich sein, daß die Partei von dem Lauf der Nothfrist Kenntniß gehabt hat. Die bloße unverschuldete Unkenntniß bildet einen obligatorischen Wiedereinsetzungsgrund nur im Falle des zweiten Absatzes. (Vgl. aber zu §. 173 Nr. 1 d.)

3) Unter „Partei" im Sinne dieses Paragraphen ist nicht blos das eigentliche Prozeßsubjekt — der Kläger oder Beklagte — zu verstehen, sondern auch der jeweilige Prozeßbevollmächtigte. Nur die verschuldete Versäumung des Vertreters kann als unabwendbares Hinderniß nicht erachtet werden (§. 210 Abs. 2). Ueberhaupt schließt die Verschuldung das Vorhandensein von vis major aus. Als Verschuldung der Partei ist es aber z. B. auch zu betrachten, wenn sie in Kenntniß der Verhinderung ihres Vertreters nicht für anderweitige Vertretung sorgt.

4) Auf den zweiten Absatz dieses Paragraphen findet vor Allem §. 210 Abs. 2 volle Anwendung. Fälle der unverschuldeten Unkenntniß von der Zustellung des Versäumnißurtheiles sind denkbar insbesondere bei der öffentlichen Zustellung, bei der Ersatzzustellung und der Zustellung durch Aufgabe

---

[1]) Nach dem hier angeführten Urtheil ist „höhere Gewalt" ein unter gegebenen Umständen auch durch die äußerste, diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwendendes noch in seinen schädlichen Folgen vermeidliches Ereigniß.

zur Post oder an einen Zustellungsbevollmächtigten (vgl. noch oben zu §. 158 Nr. 2 a. E.).

5) Nur gegen Versäumung der Einspruchsfrist (§. 304) ist die unverschuldete Unkenntniß ein Wiedereinsetzungsgrund, was jedoch mit der Maßgabe verstanden werden muß, daß die Unkenntniß von der Zustellung, welche den Lauf einer anderen Nothfrist eröffnet, dann als Wiedereinsetzungsgrund nach Abs. 1 zu gelten hat, wann sich nach den Ermessen des Gerichts die Unkenntniß nicht nur als unverschuldet, sondern zugleich als durch einen unabwendbaren Zufall veranlaßt herausstellt.

6) Die Unkenntniß muß der Grund der Versäumung sein. Hieraus ergibt sich die zeitliche Grenze für die Berücksichtigung der Unkenntniß als Wiedereinsetzungsgrundes. Wenn nämlich die Unkenntniß so zeitig der Kenntniß Platz macht, daß die Einspruchsfrist noch gewahrt werden kann, so hört sie auf Restitutionsgrund zu sein. Nur die Unkenntniß von der Zustellung ist Restitutionsgrund. Die Thatsache, daß die Partei nicht in den Besitz des zugestellten Versäumnißurtheils gelangte, genügt für sich allein nicht zur Wiedereinsetzung.

7) In beiden Restitutionsfällen des §. 211 wird die Wiedereinsetzung nur auf Antrag ertheilt. Wenn dieß auch in §. 211 Abs. 2 nicht ausgesprochen ist, so folgt es doch mit Nothwendigkeit aus dem Umstande, daß mit Erlassung des Versäumnißurtheils das Gericht aufhört, mit dem Prozeß befaßt zu sein. Als eine den Rechtsstreit betreffende Prozeßhandlung steht dieser Antrag dem Prozeßbevollmächtigten zu (§. 77). Eine die Vollstreckung aufschiebende Wirkung kommt an sich dem Antrage auf Wiedereinsetzung nicht zu. Doch kann gemäß §. 647 das Gericht gegen oder ohne Sicherheitsleistung auf Antrag die Einstellung der Vollstreckung, ja sogar gegen Sicherheitsleistung die Wiederaufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln anordnen.

8) Die Versäumung von Terminen begründet niemals einen Wiedereinsetzungsanspruch. Dagegen resp. gegen das in Folge der Versäumung erlassene Versäumungsurtheil findet abgesehen von dem Falle des §. 310 (Verwerfung des Einspruchs durch Versäumnißurtheil) stets Einspruch statt.

9) Aus §. 202 Abs. 1 ergibt sich die Unzulässigkeit der vereinbarten Wiedereinsetzung.

---

§. 212. (§. 205 des Entw.)

Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem das Hinderniß gehoben ist; sie kann durch Vereinbarung der Parteien nicht verlängert werden.

Nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Nothfrist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden.

1) Die Wiedereinsetzungsfrist ist — weil nicht als solche bezeichnet — keine Nothfrist. Daraus folgt, daß gegen ihre Versäumung eine Wiedereinsetzung nicht stattfindet. Nur in einer Beziehung wird sie den Nothfristen gleichgeachtet, insoferne sie nemlich sich der Verlängerung durch Parteivereinbarung entzieht (Abs. 2. vgl. oben zu §. 202 Nr. 1).

2) Die Wiedereinsetzungsfrist beträgt zwei Wochen, ist also nach §. 200 zu berechnen. Sie beginnt mit dem Tage der Hebung des Hindernisses, welches der Wahrung der Nothfrist entgegenstand. Im Falle des §. 211 Abs. 2 also mit der Kenntnißnahme von der Zustellung des Versäumnißurtheils bezw. mit dem Tage, an welchem die Unkenntniß eine unverschuldete zu sein aufhört. (Vgl. übrigens zu §. 211 Nr. 6.)

3) Ueber die Requisite des Antrags auf Wiedereinsetzung s. §. 214.

4) Die Frist von einem Jahre als äußerste Grenze für die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags hat die Bedeutung, daß nach Ablauf eines Jahres von dem Ende der versäumten Nothfrist an auch dann der Antrag auf Wiedereinsetzung unzulässig sein soll, wenn das „Hinderniß" erst nach Ablauf dieses Jahres gehoben wird. Ueber die Berechnung dieser Jahresfrist vgl. oben zu §§. 199, 200 Nr. 3c. Diese Frist ist ebenfalls keine Nothfrist. Für sie besteht aber auch nicht die ausdrückliche Beschränkung des Abs. 2. Darum ist sie durch Vereinbarung der Parteien verlängerbar. Ohne Grund bestreiten dieß Lothar Seuffert a. a. O. §. 212 Nr. 3; Puchelt a. a. O. S. 501 Nr. 6 a. E.; Petersen, Kommentar zur CPO. I. Bd. S. 488 Nr. 1 a. E. Dagegen Struckmann-Koch a. a. O. §. 212 Nr. 2.

---

§. 213. (§. 205ᵃ der Kommissionsvorlage.)

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Staud gegen die Versäumung einer Nothfrist ist der Partei auf Antrag auch dann zu ertheilen, wenn spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück

dem Gerichtsvollzieher oder, insoweit die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, dem Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben ist.

Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Nothfrist beantragt werden.

1) Dieser Paragraph hat eine etwas complicirte Entstehungsgeschichte, deren Kenntniß über seine Tragweite aufklären dürfte: Die Justizkommission ging von dem Grundgedanken aus, daß derjenigen Partei, welche zur Wahrung einer Nothfrist ihre Schuldigkeit durch Beauftragung der Zustellungsorgane gethan habe, gegen verspätete Zustellung und dadurch bewirkte Fristversäumung Hilfe gewährt werden müsse. In diesem Sinne lagen der Kommission zuerst zwei Anträge der Abg. Dr. Bähr und Forcade de Biaix vor, von denen der erstere strenge Dienstesvorschriften für Gerichtsvollzieher, Gerichtsschreiber und Postboten bezüglich der Zustellungen und schließlich die Bestimmung enthielt, daß eine Frist als gewahrt gelten solle, wenn die Zustellungsorgane rechtzeitig beauftragt worden seien. Eventuell ging der Antrag dahin, daß die Partei Anspruch auf Wiedereinsetzung haben solle, wenn die Zustellung trotz rechtzeitiger Beauftragung verspätet erfolgt ist.

Der Antrag des Abg. Forcade ging weiter, indem er die Nothfrist als gewahrt erachtet wissen wollte, wenn nur innerhalb derselben der zuzustellende Schriftsatz dem Gerichtsvollzieher bezw. Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben worden sei.

Dieser letztere Antrag fand zunächst Annahme (Komm.-Prot. S. 65—69).

Noch in der ersten Lesung wurde der dießbezügliche Beschluß jedoch zurück- und ein Antrag des Abg. Becker angenommen des Inhalts, daß Wiedereinsetzung gewährt werden müsse:

1) wenn im Anwaltsprozesse spätestens am vierten Tage vor Ablauf der Nothfrist der Prozeßbevollmächtigte von der Partei zur Vornahme der versäumten Handlung ausdrücklich beauftragt ist;

2) wenn vor dem letzten Tage der Nothfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsschreiber oder dem dem Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Zustellung übergeben ist. (Komm.-Prot. S. 111, 112, 123, 125).

Nachdem dieser Beschluß gegenüber mehrfachen Anfechtungen Seitens der Regierungen aufrechterhalten war (Komm.-Prot. S. 535, 536, 666, 667), erlitt er doch endlich, nachdem der Bundesrath ihm die Zustimmung verweigert hatte, die Modifikation, daß Nr. 1 des Becker'schen Antrags gestrichen und in Nr. 2 anstatt: „vor dem letzten Tage" gesetzt wurde:

„spätestens am dritten Tage vor Ablauf". (Komm.-Prot. zu der 168. Sitzung v. 8. Nov. 1876 S. 2, 3).

Bei den Berathungen der Kommission wurde mehrfach (Komm.-Prot. S. 69 und zur 168. Sitzung S. 2) darauf hingewiesen, daß ein gewisser Schutz der fleißigen Partei gegen Saumsal der Zustellungsorgane auch aus §. 204 des Entw. (= §. 211 d. CPO.) entnommen werden könne, insofern diese Saumsal als unabwendbarer Zufall für die Partei sich qualifiziren lasse. Nach Annahme des §. 213 hat es aber, wie seine Entstehungsgeschichte zeigt, nicht mehr darauf anzukommen, ob die Verspätung der Zustellung ein unabwendbarer Zufall war oder nicht, ja nicht einmal darauf, ob den Zustellungsbeamten ein Verschulden trifft oder nicht. Eine Modifikation des §. 210 Abs. 2 enthält jedoch §. 213 darum keineswegs; denn dort ist von dem Verschulden der „Vertreter" gehandelt.

2) Ein Beweismittel für die rechtzeitige Uebergabe des zuzustellenden Schriftstückes kann sich die Partei durch das in §. 155 Abs. 2 erwähnte Verlangen der Bescheinigung sichern.

3) Auf die Person dessen, der das Schriftstück zum Zwecke der Zustellung übergibt, kommt für die Restitution nichts an. Nur muß es im Namen der betreibenden Partei übergeben sein.

4) Als Uebergabe des zuzustellenden Schriftstückes zum Zwecke der Zustellung genügt abgesehen von Ausfertigungen (§. 156 Abs. 1) nicht die Uebergabe des Originals, sondern es muß die Uebergabe einer der Zahl der Requisiten entsprechenden Zahl von Abschriften übergeben werden (§. 155 Abs. 1). Geschieht dieß nicht, so liegt Angesichts der imperativen Fassung des §. 155 Abs. 1 eine Uebergabe zum Zwecke der Zustellung nicht vor.

5) Wird in den Fällen, wo Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, das betr. Schriftstück nebst der nöthigen Zahl von Abschriften zum Zweck der Terminsbestimmung eingereicht, so liegt hierin schon eine Uebergabe zum Zwecke der Zustellung (Arg. §§. 154, 458). Ueber die Fälle, in welchen Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsschreibers zulässig ist, vgl. oben zu §. 152. Zweifel erheben sich über die Frage, ob §. 213 auch in den Fällen Anwendung findet, in welchen das zur Wahrung der Nothfristen zuzustellende Schriftstück durch Aufnahme zu Protokoll des Gerichtsschreibers angefertigt wird. (Vgl. §§. 457, 462 mit §§. 303, 304, 549.) Denn die Erklärung zu Protokoll ist auf den ersten Blick keine Uebergabe an den Gerichtsschreiber. Allein die Frage ist dennoch zu bejahen, weil die Belassung des abgeschlossenen Protokolles bei dem Gerichtsschreiber als brevi manu traditio zum Zwecke der Zustellung zu erachten ist (§§. 154, 458). Diese Annahme ist nicht gezwungen (wie L. Seuffert meint a. a. O. §. 213 Nr. 5), um so weniger als

Angesichts der §§. 457, 458, 462 die Vorschrift des §. 155 in den Fällen der §§. 457, 462 in wörtlichem Sinne nicht zur Anwendung kommt, s. o. zu §§. 155, 156 Nr. 1 S. 469. (Zu dem gleichen Resultat gelangt aus anderen Gründen Petersen, Kommentar zur CPO. Bd. I S. 487 Nr. 3.)

6) Ueber die Berechnung der einmonatigen Frist des §. 213 vgl. o. zu §§. 139, 200 Nr. 3 c. Sie beginnt mit dem Ablauf der versäumten Nothfrist ohne Rücksicht darauf, ob die Partei von der Versäumung Kenntniß hatte oder nicht. Denn ihre Pflicht ist es, für die Wahrung der Nothfrist zu sorgen.

Auch diese Frist kann durch Vereinbarung der Parteien verlängert oder verkürzt werden. (vgl. oben zu §. 202 Nr. 1 a. E.; dagegen Petersen, Kommentar z. CPO. Bd. I S. 488 Nr. 2 a. E.).

Nach §. 214 Abs. 3 kann der Antrag auf Wiedereinsetzung selbst noch nach Ablauf der einmonatigen Frist gestellt werden, wenn nur die Ladung zum Verhandlungstermin innerhalb der Frist erfolgt ist.

---

§. 214. (§. 206 des Entw.)

Die Wiedereinsetzung wird durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt. Derselbe muß enthalten:

1) die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen;
2) die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung;
3) die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung oder, wenn diese bereits nachgeholt ist, die Bezugnahme hierauf.

Ist die Einlegung der sofortigen Beschwerde versäumt worden, so wird der Antrag auf Wiedereinsetzung durch Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht gestellt. Die Einreichung kann sowohl bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als auch bei dem Beschwerdegericht erfolgen.

Im Falle des §. 213 kann die Wiedereinsetzung auch in dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termine ohne vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden, wenn die Zustellung der Ladung zu dem Termine innerhalb der einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Nothfrist erfolgt ist.

§. 215. (§. 207 des Entw.)

Ueber den Antrag auf Wiedereinsetzung entscheidet das Gericht, welchem die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung zusteht.

§. 216. (§. 208 des Entw.)

Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist mit dem Verfahren über die nachgeholte Prozeßhandlung zu verbinden. Das Gericht kann jedoch das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag beschränken.

Auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags und auf die Anfechtung der Entscheidung finden die Vorschriften Anwendung, welche in diesen Beziehungen für die nachgeholte Prozeßhandlung gelten. Der Partei, welche den Antrag gestellt hat, steht jedoch der Einspruch nicht zu.

Die Kosten der Wiedereinsetzung fallen dem Antragsteller zur Last, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind.

Motive: „Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand steht in Beziehung zu einem anhängigen oder anhängig gewesenen Prozesse; er tritt auf dieselbe Weise ins Leben und nimmt denselben Gang, wie die Prozeßhandlung, welche in der versäumten Nothfrist vorzunehmen war. Daraus folgt, daß er im Falle der versäumten Einlegung der sofortigen Beschwerde durch Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht gestellt wird und zwar mit rechtlicher Wirkung sowohl bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als auch bei dem Beschwerdegerichte (§. 206 Abs. 2), was dem §. 516 entspricht (nordd. Entw. §. 293 Abs. 2); in allen anderen Fällen versäumter Nothfrist durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner (vgl. §§. 295, 458, 491, 524, 222, 780, 811; Württemb. Art. 287, hannov. Entw. §. 208, nordd. Entw. §. 293 Abs. 1). Für den Parteiprozeß vgl. §. 443.

„Eben so folgerichtig entscheidet in allen Fällen dasjenige Gericht, welches über den Einspruch, das Rechtsmittel, die Restitutions- oder Nullitätsklage, die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurtheil oder gegen den Schiedsspruch, um deren Geltendmachung es sich handelt, zu entscheiden haben würde, wenn die Nothfrist nicht versäumt wäre (§. 207). Welches Gericht darnach das kompetente, ergeben die §§. 293 ff., 453, 486, 516, 523, 593, 779, 812.

„In weiterer Konsequenz des vorangestellten Satzes wird über den Antrag auf Wiedereinsetzung gleicherweise verfahren, als wenn die versäumte Prozeßhandlung schon rechtzeitig vorgenommen worden, so daß mündliche Verhandlung nur im Falle der Versäumung der sofortigen Beschwerde entbehrlich ist (§§. 512 bis 516); wird ferner die Zulässigkeit des Restitutionsantrags nach denjenigen Vorschriften geprüft, welche in dieser Beziehung für die versäumte Prozeßhandlung gelten (vgl. §§. 296, 476, 505, 513, 528 u. a.); unterliegt endlich die getroffene Entscheidung nur dann und unter denselben Voraussetzungen der Anfechtung, soweit eine solche wider die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung selbst (vgl. u. A. §. 507 Abs. 2) zugelassen ist (§. 208 Abs. 2). Dies gilt auch für den Fall, daß die Wiedereinsetzung in contumaciam gegen den in der Verhandlung ausgebliebenen bezw. nicht verhandelnden Imploraten für zulässig erklärt ist; wider das ergehende Versäumnißurtheil steht demselben der Einspruch ebenso zu, wie er ihm zustehen würde, wenn das Versäumnißurtheil von dem Gegner ohne das Mittelglied eines Restitutionsgesuchs erwirkt worden wäre. Anders verhält es sich mit dem Imploranten, von dem mit Grund verlangt werden kann, daß er auf die erste Versäumung, gegen welche er Wiedereinsetzung nachsucht, nicht die zweite folgen lasse; sollte auch diese zu saniren ihm freistehen, so würde die Reihe der Einsprüche und Wiedereinsetzungen unter Umständen endlos werden. Im Anschlusse an die Vorschrift des §. 300 hat der Entwurf dem Imploranten deshalb den Einspruch versagt (vgl. preuß. Verordnung v. 28. März 1840 §. 5, Bayern Art. 566, hannov. Entw. §. 211, nordd. Entw. §. 205). Unter der Voraussetzung des §. 454 steht ihm jedoch noch Berufung bezw. Revision offen.“ —

1) Zu §. 214.

a) Ohne Zustellung eines Schriftsatzes wird kein Wiedereinsetzungsantrag als rechtsförmlich anerkannt mit Ausnahme der in §. 214 Abs. 2 und 3 genannten Fälle. Der Schriftsatz muß aber auch einen bestimmten Inhalt haben, d. h. ein Schriftsatz ohne diesen Inhalt gilt als Wiedereinsetzungsantrag nicht. Dieser nothwendige Inhalt besteht:

I. In der Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen. Zu diesen Thatsachen gehören nicht blos die Versäumung der Nothfrist, sondern auch jeder Umstand, welcher gemäß §§. 211—213 im einzelnen Falle zu dem Antrage auf Wiedereinsetzung berechtigt z. B. der Eintritt eines Naturereignisses oder die Uebergabe des zuzustellenden Schriftstückes drei Tage vor Ablauf der Nothfrist. (§. 211 Abs. 1, §. 213 Abs. 1.)

II. In der Angabe der Mittel für die Glaubhaftmachung dieser Thatsachen. Ueber diesen Punkt ist §. 266 zu vergleichen.

III. Die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung bezw. die Bezugnahme hierauf. So muß z. B. der Schriftsatz, wenn die Einspruchsfrist versäumt war, den Erfordernissen des §. 305, wenn die Berufungsfrist versäumt war, den Erfordernissen des §. 479 entsprechen. Wurde jedoch beispielsweise vor dem Antrage auf Wiedereinsetzung gegen die versäumte Einspruchs- oder Berufungsfrist der nach §§. 305 oder 479 vorgeschriebene Schriftsatz zugestellt, so genügt es, wenn auf diesen Bezug genommen wird.

Demnach würden sich für Anträge auf Wiedereinsetzung folgende Formulare konstruiren lassen:

A. Antrag des Rechtsanwalts Bauer in München Namens des Goldarbeiters Georg Himmelburg daselbst, Beklagten

gegen

Hieronymus Oberhuber, Metzgermeister in Reichenhall, Kläger vertreten durch Rechtsanwalt Hitzlberger in München

wegen Forderung, hier Einspruch gegen ein Versäumnißurtheil.

Zum kgl. Landgerichte München.

Für den Beklagten bestelle ich mich als Anwalt und lade zu dem auf Montag den 27. Juli 1887 festgesetzten Verhandlungstermin Herrn Collegen Hitzlberger mit dem Beifügen, daß ich in demselben folgenden Antrag stellen werde:

In der Erwägung, daß das kgl. Landgericht München am 10. Juni 1887 in oben bezeichneter Streitsache gegen den Beklagten Versäumnißurtheil erlassen hat, daß der Beklagte die Einspruchsfrist gegen dieses am 15. Juni 1887 zugestellte Urtheil deßhalb versäumt hat, weil der Eisenbahnzug, auf welchem sich die Einspruchserklärung zur Beförderung an den Kläger befand, am 27. Juni entgleiste und die Kommunikation der Post mit Reichenhall erst am 4. Juli wiederhergestellt war, in der Erwägung, daß diese Thatsachen notorisch sind, stelle ich die Bitte, es wolle der Beklagte gegen den Ablauf der Einspruchsfrist in den vorigen Stand wieder eingesetzt werden, indem ich gleichzeitig Einspruch gegen das Versäumnißurtheil vom 10. Juni 1887 erhebe. Demgemäß beantrage ich ferner kostenfällige Abweisung der Klage, da die Behauptung des Klägers, der Beklagte sei ihm auf Grund eines Legates in dem Testamente seines Großvaters zur Zahlung von 1000 Mark verpflichtet, unwahr ist und überdieß ihm gegen den Kläger eine Gegenforderung von 1200 Mark zusteht, welche ihm derselbe laut beiliegender Schuldurkunde vom 8. September vorigen Jahres aus einem

Darlehen schuldet. Das von dem Kläger in Bezug genommene Testament kann ich nicht als echt anerkennen.

[Mit einer Anlage.]

Bauer, Rechtsanwalt.

München den 18. Juli 1887.

(Vgl. die §§. 305, 304, 121).

B. (Eingang wie unter A). Unter Bezugnahme auf meinen Einspruch vom 18. Juli 1887 gegen das Versäumnißurtheil des kgl. Landgerichts München vom 10. Juni 1887 stelle ich in der Erwägung, daß der Beklagte die Einspruchsfrist gegen dieses am 15. Juni 1887 zugestellte Urtheil deßhalb versäumt hat, weil ꝛc. (wie unter A bis „notorisch sind") den Antrag, es wolle der Beklagte ꝛc. (wie unter A bis „wiedereingesetzt werden").

b) Die Bestimmung des Abs. 2 steht mit §. 532 Abs. 1 und §. 540 Abs. 1 im Zusammenhange. Vor den Amtsgerichten ist an Stelle der Einreichung der Beschwerdeschrift Erklärung zum Protokoll des Gerichtsschreibers gestattet (§. 532 Abs. 2), eine Form, die (gemäß §. 462) auch für den Wiedereinsetzungsantrag gegen die versäumte Nothfrist zur sofortigen Beschwerde freisteht.

Ausschließlich von der sofortigen Beschwerde handelt §. 214 Abs. 2 deßhalb, weil nur für diese eine Nothfrist läuft (§. 540), während die einfache Beschwerde überhaupt an keine Frist gebunden ist (§§. 530 ff.).

Wenn gegen die Entscheidung eines beauftragten oder ersuchten Richters sofortige Beschwerde auf dem Wege der Wiedereinsetzung gegen die versäumte Nothfrist erhoben werden soll, so findet die Alternative des Schlußsatzes von §. 214 Abs. 2 nicht statt. Hier muß vielmehr die Einreichung des Schriftsatzes bezw. die protokollarische Erklärung vor dem Prozeßgerichte — und darf nicht vor dem Beschwerdegerichte erfolgen. Dieß ergibt sich aus §. 216 Abs. 1 in Zusammenhalte mit §. 540 Abs. 4 und scheint mir nicht zweifelhaft zu sein (vgl. Lothar Seuffert a. a. O. §. 214 Nr. 4; Petersen a. a. O. S. 490 f. I).

c) Der dritte Absatz des §. 214 ist erst durch die Beschlüsse der Justizkommission zu §. 206 des Entwurfes auf Antrag des Abg. Dr. Bähr zur Entstehung gekommen. Dieser Abgeordnete hob hervor: „daß möglicher Weise eine Partei oder deren Anwalt von ihrer Versäumniß vor dem Termin keine Kenntniß erhalten werde; liege dann der Termin später als einen Monat nach Ablauf der Nothfrist, so sei die Restitution für die Partei verloren; das Erforderniß der Zustellung eines Schriftsatzes würde die Wiedereinsetzung unnöthig erschweren."

An einem Beispiele wird die Berechtigung dieser Ausführung und zu-

gleich die Anwendung des Abs. 3 klar werden. Gesetzt, eine Partei hat den zur Erhebung der Berufung zuzustellenden Schriftsatz (§. 479), in welchem sich bereits die Ladung zu dem nach §. 193 anzusetzenden Verhandlungstermine befindet, dem Gerichtsvollzieher acht Tage vor Ablauf der Berufungsfrist (§. 477 Abs. 1) zum Zwecke der Zustellung übergeben, dieser aber die Zustellung erst nach Ablauf der Berufungsfrist bethätigt, so ist denkbar, daß der Berufungskläger, dem der Gerichtsvollzieher seine Nachlässigkeit verheimlicht hat, vor der Versäumung erst in dem Verhandlungstermine Kenntniß erhält. Wenn nun dieser Termin, wie nach §. 481 in der Regel der Fall sein wird, in die Zeit nach Ablauf der einmonatigen Nothfrist des §. 213 fällt, so hätte der Berufungskläger nach der strengen Konsequenz der §§. 213, 214 Abs. 1 den Anspruch auf Wiedereinsetzung und damit die Berufung selbst verloren. Dieser Härte soll der Abs. 3 des §. 214 vorbeugen, dessen Anwendung jedoch nicht darauf beschränkt ist, daß der Implorant vor dem Verhandlungstermine keine Kenntniß von der Versäumung erlangt hat. Daraus folgt jedoch nicht, daß die Zustellung eines Schriftsatzes für den Verhandlungstermin überhaupt überflüssig werde. Nur die Wahrung des Restitutionsanspruchs hängt nicht davon ab. Der Implorat hat aber das Recht, auf Kosten des Säumigen Vertagung zu beantragen (vgl. zu §. 120 Nr. 2 oben S. 401) und keinesfalls ist der Implorant in der Lage, ohne Zustellung eines Schriftsatzes vor dem Termine gegen den nicht erschienenen Imploraten ein Versäumnißurtheil zu erwirken (vgl. §. 300 Ziff. 3).

2) Zu §. 215 s. die abgedruckten Motive oben S. 591 Z. 7 v. u.

3) Zu §. 216:

a) Wenn das Gericht von der in Abs. 1 enthaltenen Befugniß Gebrauch macht, indem es das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung des Wiedereinsetzungsantrags beschränkt, so kann die letztere durch Zwischenurtheil erfolgen, falls dem Antrage auf Wiedereinsetzung stattgegeben wird (§. 275). Wird der Antrag abgewiesen, so kann dies nur in Form einer Definitiventscheidung geschehen, weil durch die Abweisung des Antrags auch das Rechtsmittel abgewiesen ist, dessen Zulässigkeit von der Wahrung der Nothfrist bezw. Wiedereinsetzung gegen deren Versäumung abhängt.

Die Verhandlung über die nachgeholte Prozeßhandlung selbst wird das Gericht gemäß §. 206 in dem ersteren Falle vertagen.

b) Die Vorschriften, welche für die nachgeholte Prozeßhandlung gelten, finden Anwendung:

I. Auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags.

Demgemäß hat das Gericht die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags und insbesondere die Wahrung der Wiedereinsetzungsfrist von Amtswegen zu prüfen, wenn es sich um Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchs-, Berufungs- und Revisions- oder Beschwerdefrist und der Fristen für Erhebung der Restitutions- oder Nichtigkeitsklage handelt (arg. §§. 306, 497, 529, 537, 552). Eine Vereinbarung der Parteien über die Verlängerung der Wiedereinsetzungsfrist — abgesehen von der des §. 212 Abs. 2 — ist jedoch durch diese Offizialthätigkeit des Gerichtes nicht ausgeschlossen. Denn wenn eine Verlängerung durch zulässige Vereinbarung vorliegt, so ist eben die Frist gewahrt, falls der Wiedereinsetzungsantrag innerhalb der verlängerten Frist gestellt wird. (Vgl. oben zu §§. 202 Nr. 1 a. E., 212 Nr. 4 a. E., 213 Nr. 6.)

Anders verhält es sich mit der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Nothfristen der §§. 835 und 870. Da nämlich nirgendwo vorgeschrieben ist, daß das Gericht von Amtswegen zu berücksichtigen habe, ob die für die Anfechtungsklagen gegen das Ausschlußurtheil oder den Schiedsspruch gesteckte Nothfrist gewahrt sei, so hat eine derartige Offizialprüfung auch nicht gegenüber dem Wiedereinsetzungsantrage stattzufinden. Durchaus unzutreffend ist der Widerspruch Petersen's gegen diese Auffassung (Kommentar Bd. I S. 492 Nr. 2 a. E.), der ihn damit zu begründen sucht, daß „die Nothfrist ihrem Wesen nach unabänderlich und insbesondere auch der Verfügung der Parteien entzogen sei (§. 202 Abs. 1)“. Denn wie dieß richtig ist, so unzweifelhaft ist es auch, daß die Wiedereinsetzungsfrist gegen Versäumung der Nothfrist keine Nothfrist ist und abgesehen von §. 212 Abs. 2 auch bezüglich der Verlängerungsfähigkeit durch Parteivereinbarung den Charakter der Nothfristen nicht theilt.

II. Auf die Anfechtung der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag. Demnach findet gegen die Entscheidung über diesen Antrag eine Anfechtung nur statt, soweit sie gegen die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung zulässig ist, und folgerichtig nicht früher, als bis diese Entscheidung erlassen ist. Wird z. B. Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist vor dem Landgerichte gestellt, so kann die den Wiedereinsetzungsantrag verwerfende Entscheidung nur mit der Berufung angefochten werden, da die Verwerfung des Einspruchs dem Endurtheil in der Hauptsache gleich kommt. Wo aber anderseits eine Anfechtung überhaupt ausgeschlossen ist, da findet eine solche auch nicht gegen die den Wiedereinsetzungsantrag verwerfende Entscheidung statt (z. B. vgl. §§. 531 Abs. 2, 46, 46, 48, 97, 99 u. a. m.). Bezüglich des Ausschlusses eines Einspruches auf Seiten des Imploranten ist auf die oben mitgetheilten Motive (S. 590 Z. 12 ff. v. o.) zu verweisen.

c) Bezüglich der Nothwendigkeit der mündlichen Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag s. o. zu §. 119 Nr. 4 S. 392.

d) Kosten, welche durch unbegründeten Widerspruch des Imploraten gegen das Wiedereinsetzungsgesuch entstehen, fallen dem Imploranten niemals zur Last, gleichviel ob sein Gesuch genehmigt oder abgewiesen wird. Solche Kosten entstehen z. B., wenn der Implorat die dem Gesuch zu Grunde liegenden Thatsachen (Naturereigniß, unabwendbarer Zufall) ohne Grund bestreitet und den Imploranten zu deren Bescheinigung durch Zeugen, Urkunden ꝛc. zwingt oder wenn er eigenes Verschulden des Imploranten behauptet und zu beweisen versucht.

Ist die Nothwendigkeit des Wiedereinsetzungsverfahrens durch eine der in §. 97 genannten Personen veranlaßt, so findet dieser Paragraph Anwendung, wenn jene Person grobes Verschulden trifft. Zwar bestimmt §. 216 Abs. 3 ganz allgemein „die Kosten . . . fallen dem Antragsteller zur Last"; allein die beigefügte Ausnahme zeigt, daß diese Bestimmung den negativen Sinn hat, daß die Kosten auch im Falle des Obsiegens nicht dem Unterliegenden überbürdet werden dürfen, weßhalb §. 97 daneben wohl bestehen kann.

4) Ueber das Verhältniß des Wiedereinsetzungsantrags zur Zwangsvollstreckung s. o. zu §. 211 Nr. 7.

Fünfter Titel.

Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

Motive: „Der einmal anhängig gewordene Prozeß muß ohne Stillstand zu Ende geführt werden können. Hiefür sorgt der Entwurf durch die Bestimmungen über den Prozeßbetrieb, vermöge deren der ununterbrochene Fortgang des Verfahrens theils der Thätigkeit der einen oder anderen Partei, theils der Amtspflicht der Gerichte unterstellt ist. Wo aber letztere eintritt, dient sie immer nur dem muthmaßlichen, auf Beendigung des Prozesses gerichteten Willen der Parteien. Sind diese ausdrücklich oder stillschweigend überingekommen, den Prozeß auf bestimmte oder unbestimmte Zeit nicht fortzusetzen, so hört auch die Prozeßthätigkeit des Gerichts auf. Diesen freiwilligen Stillstand des Prozesses bezeichnet der Entwurf als: „Ruhen des Verfahrens" (§. 220). Das Verfahren nimmt in einem solchen Falle dadurch seinen Fortgang, daß die eine oder die andere Partei den Gegner zur mündlichen Verhandlung ladet (§. 184). Eine Frist hiefür ist keinem Theile gesetzt.

„Es können aber auch vom Willen der Parteien unabhängige Umstände eintreten, welche einen vollständigen Stillstand des Prozesses fordern. Dieser nothwendige, allen Rechten bekannte Stillstand tritt entweder kraft Gesetzes unmittelbar mit dem Momente des bezüglichen Ereignisses ein (Unterbrechung) oder er wird vom Gerichte angeordnet (Aussetzung). In beiden Fällen bedarf es einer Aufnahme des unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens — zu unterscheiden von der Wiederaufnahme durch Nichtigkeitsklage und durch Restitutionsklage (§§. 517 ff.). —

„Eine Unterbrechung des Verfahrens tritt ein:

1) in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit oder des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters einer Partei, sofern für sie der Prozeß nicht von einem Bevollmächtigten geführt wird — §§. 209, 211, 215;
2) im Falle der gerichtlichen Konkurseröffnung, wenn der Prozeß nach den Vorschriften des Konkursrechts die Konkursmasse betrifft — §. 210;
3) im Falle des Aufhörens der Thätigkeit des Gerichts in Folge eines Krieges oder sonstigen Ereignisses (justitium) — §. 214;
4) in Anwaltsprozessen im Falle des Todes des Anwalts oder des Verlustes seiner Fähigkeit, die Vertretung der Partei fortzuführen — §. 213.

„Eine Aussetzung des Verfahrens kann auf Antrag angeordnet werden, wenn in den unter Nr. 1 erwähnten Fällen die Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war (§. 215); sie kann auch von Amtswegen angeordnet werden, wenn die Partei sich zu Kriegszeiten im Militärdienste befindet oder wenn sie sich in einem durch obrigkeitliche Anordnung, durch Krieg oder andere Zufälle vom Verkehre mit dem Prozeßgerichte abgeschnittenen Orte aufhält (§. 216). Die Fälle zulässiger Aussetzung des Verfahrens sind in diesem Titel jedoch nicht erschöpft; anderweite Fälle behandelt der Entwurf im Zusammenhange mit dem einschlagenden Verhältnisse, welches zur Aussetzung führt. So kann der Hauptprozeß auf Antrag im Falle einer Hauptintervention (§. 62), von Amtswegen im Falle der Präjudizialität eines anderen Prozeß-, Straf- oder Verwaltungsverfahrens (§§. 133, 134) und in Ehesachen zum Zwecke der Wiederaussöhnung der Parteien (§. 557) ausgesetzt werden. Endlich sind durch §. 15 Ziff. 1 des Einführungsgesetzes die landesgesetzlichen Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens bei Kompetenzkonflikten (vgl. preuß. Ges. v. 8. April 1847 §. 5, Ges. v. 13. Februar 1854 §. 1) aufrecht erhalten[1]).

---

[1]) Das Nähere s. u. zu §. 15 Ziff. 1 des EG. zur CPO.

„Wie eingreifend die richterliche Anordnung der Aussetzung des Verfahrens ist, weil sie zu einer Versagung des rechtlichen Gehörs führen, zur Justizverweigerung werden kann, liegt auf der Hand. Es darf daher als selbstverständlich angenommen werden, daß das Gericht dazu nur in den gesetzlich bestimmten Fällen befugt ist, wie dies z. B. der preußische (§. 755) und norddeutsche Entwurf (§. 393) ausdrücklich aussprechen (nordd. Prot. I S. 410). Auch der Entwurf deutet dies im §. 221 an und trägt außerdem der Wichtigkeit des Gegenstandes durch Gewährung eines unbedingten Beschwerderechts Rechnung.

„Den Fällen der Unterbrechung liegt der gemeinsame Gedanke zum Grunde, daß, wenn in einem Prozesse ein Ereigniß eintritt, durch welches eine Partei ihrem Gegner unvertheidigt gegenübersteht, der Rechtsstreit so lange einhalten muß, bis der Partei Gelegenheit geboten ist, für die Vertheidigung und Vertretung ihrer Rechte Sorge zu tragen (hannov. Prot. IV S. 1222 ff.). Daraus erklärt sich §. 215 Abs. 1 und die Beschränkung des §. 213 auf Anwaltsprozesse. Völlig entsprechend jenem Gedanken ist die bloße Thatsache als das unterbrechende und den Zeitpunkt der Unterbrechung bestimmende Moment behandelt; die Kenntniß der Gegenpartei oder des Gerichts ist unerheblich. Ohne solche werden freilich Termine und andere Prozeßhandlungen thatsächlich möglich bleiben, sie sind jedoch der unvertheidigten Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung (§. 218 Abs. 2)."

---

§. 217. (§. 209 des Entw.)

Im Falle des Todes einer Partei tritt eine Unterbrechung des Verfahrens bis zu dessen Aufnahme durch die Rechtsnachfolger ein.

Wird die Aufnahme verzögert, so können die Rechtsnachfolger zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladen werden.

Der die Ladung enthaltende Schriftsatz ist den Rechtsnachfolgern selbst zuzustellen. Die Ladungsfrist wird von dem Vorsitzenden bestimmt.

Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Termine nicht, so ist auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und von dem Gerichte durch Versäumnißurtheil auszusprechen, daß das Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei. Eine Verhandlung zur Hauptsache ist erst nach Ablauf der Einspruchsfrist und, wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist, erst nach dessen Erledigung statthaft.

Motive: „Im Falle des Todes einer Partei erfolgt die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens durch die Erklärung der Rechtsnachfolger, daß sie das Verfahren fortsetzen wollen. Diese Erklärung ist in Gemäßheit des §. 219 durch Zustellung eines Schriftsatzes abzugeben.

„Wird die Aufnahme verzögert, so kann dieselbe erzwungen werden. Das Verfahren, welches in einem solchen Falle einzuschlagen ist, wird durch die Bestimmungen des §. 209 Abs. 2—4 geregelt.

„Welchen Einfluß der Tod des Schuldners auf den Beginn und den Fortgang der Zwangsvollstreckung hat, bestimmen die §§. 642 ff."

1) Von dem Tode einer Partei kann nur die Rede sein, wenn sie eine physische Person war. Eine Analogie der Fälle, wo eine juristische Person zu existiren aufhört (z. B. eine Gemeinde mit einer andern vereinigt wird, s. Petersen, Kommentar Bd. I S. 496 Nr. 1; Uebel, Kommentar Bd. I S. 203 Nr. 10) muß entschieden abgelehnt werden, da der Wortlaut des Gesetzes sie absolut nicht zuläßt. Für derartige Fälle wird §. 219 aushelfen (s. die Erläuterungen zu diesem §. Nr. 1 d).

Der Begriff „Partei" ist im Abs. 1 des §. 217 im allerengsten Sinne verstanden, indem er nicht einmal den gesetzlichen Vertreter des Klägers oder Beklagten mitumfaßt. (Vgl. oben zu §§. 50, 51 Nr. 1 S. 191.) Denn wenn dieser stirbt, greift §. 219 ein. (Anders z. B. §§. 129, 132, s. oben zu §. 129 Nr. 5 und zu §. 132 Nr. 2 cf. §. 435.) Anderseits ist unter Partei auch die Nebenpartei zu verstehen, z. B. der Nebenintervenient, Litisdenunziat, der nominirte Auktor (§§. 62, 70, 73). Denn auch die Rechtsnachfolger dieser Personen würden dem Gegner unvertheidigt gegenüberstehen, wenn das Verfahren fortgeführt würde. Ueber die Bedeutung der Unterbrechung s. §. 226. Im Falle einer Streitgenossenschaft bewirkt der Tod eines Streitgenossen seinen Rechtsnachfolgern gegenüber die Unterbrechung des Verfahrens und zwar ebensowohl nach §. 58 wie nach §. 59, da der letztere §. nur von Vertretung des säumigen Streitgenossen durch den nichtsäumigen handelt. (So auch Petersen a. a. O. S. 496 Nr. 1. A. M. Puchelt a. a. O. S. 512 Nr. 4, der von der irrigen Anschauung ausgeht, als sei die Streitgenossenschaft nicht eine Mehrheit von Parteien, sondern eine Parteieinheit.)

2) Die Unterbrechung des Verfahrens tritt mit dem Tode von Rechtswegen ein ohne Unterschied, ob die Gegenpartei hievon Kenntniß hat oder nicht. Ihre in Unkenntniß des Todes vorgenommenen Prozeßhandlungen sind nach §. 226 den Rechtsnachfolgern gegenüber ohne Wirkung.

Die Unterbrechung erreicht ihr Ende durch die Wiederaufnahme von Seiten der Rechtsnachfolger. Falls diese aber dieselbe verzögern, kann gegen

sie nach §. 217 Abs. 2—4 verfahren werden. Voraussetzung dieses Verfahrens ist demnach ein Doppeltes:

a) das Vorhandensein von Rechtsnachfolgern;

b) eine Verzögerung der Wiederaufnahme durch diese.

ad a. Wer Rechtsnachfolger eines Verstorbenen sei, beantwortet sich aus dem bürgerlichen Rechte. Was zunächst die Universalsuccession betrifft, so setzt bekanntlich das Gemeine Recht zum Eintritt derselben den Erwerb der Erbschaft voraus, soweit nicht sui heredes vorhanden sind; ihm folgen das bayerische Landrecht (Th. II c. 1 §. 1 ff.), das sächsische bürgerliche Gesetzbuch (§§. 2001, 2009, 2010, 2250, 2259) die aber für sui heredes Antritt der Erbschaft erfordern. Dagegen läßt das Preußische Allgemeine Landrecht die Rechtsnachfolge in dem Momente des Erbschaftsanfalls d. h. mit dem Tode des Erblassers eintreten. (Allg. Pr. Landr. Th. I Tit. 9 §§. 367 ff.) und zwar ganz ohne Rücksicht auf die Kenntniß des Erben von seiner Berufung. (Vgl. Förster, Pr. Privatr. Bd. IV §. 268 zu Note 16.) Auch das französische Recht und mit ihm das badische Landrecht lassen den Erwerb der Erbschaft ohne Rücksicht auf die Willenserklärung des Erben mit dem Tode des Erblassers eintreten. (Code civil Art. 724, 1006 und badisches Landrecht Satz 724 und 1006.) Wo aber das Civilrecht dem kraft Gesetzes Erbe Gewordenen eine Ueberlegungsfrist gewährt zur Erklärung darüber, ob er die Erbschaft behalten will oder nicht, und bestimmt, daß er während dieser Frist nicht gehalten ist, die Eigenschaft eines Erben anzunehmen (de prendre qualité Code civil Art. 795, 797), da kann §. 217 Abs. 2 vor Ablauf jener Frist nicht Platz greifen. Denn hier suspendirt das Civilrecht die Erbenqualität. Nicht minder ist §. 217 Abs. 2 ausgeschlossen, wo nach Civilrecht der Erbe während der Deliberationsfrist nicht (wegen Forderungen) belangt werden kann, wie nach Preuß. Landrecht (s. Förster a. a. O. zu Note 25); denn auch hier trifft das Civilrecht eine rein materiellrechtliche Bestimmung. Nach Gemeinem Rechte versteht es sich ohnehin, daß die Erbenqualität während der Deliberationsfrist noch nicht vorhanden ist. Dagegen schützt der Antritt cum beneficio inventarii nach Gemeinem Recht gegen §. 217 Abs. 2 nicht, weil dadurch die Erbschaft definitiv erworben ist, und die Vorschrift, daß der Erbe während der Inventarisation nicht soll belangt werden dürfen, auf seine civilrechtliche Stellung keinen Einfluß hat, daher lediglich prozessualer Natur ist (vergl. §. 13 des EG. zur CPO.; Petersen a. a. O. S. 498 Nr. 4; L. Seuffert a. a. O. §. 217 Nr. 2a. A. M. Puchelt a. a. O. S. 512).

Unter Rechtsnachfolgern sind nun aber keineswegs nur Erben zu verstehen; auch Vermächtnißnehmer und andere Singularsuccessoren auf Todesfall gehören hieher. Wenn z. B. eine Sache, um die der Erblasser einen

Vindikationsprozeß führte, vermacht wurde, so ist der Legatar der Rechtsnachfolger im Sinne des §. 217. (Vgl. Nordd. Prot. S. 429.) Für die Singularsuccession unter Lebenden geben §§. 236, 237 Maß.

ad b. Wann eine Verzögerung vorliege, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Dabei wird es insbesondere die Inventarisationsfrist (s. ad a a. E.) berücksichtigen dürfen. Daß nicht schon dann eine Verzögerung angenommen werden muß, wann die Rechtsnachfolger das Verfahren nicht alsbald nach Eintritt ihrer Succession und ohne allen Aufenthalt aufnehmen, versteht sich wohl von selbst und wenn L. Seuffert (a. a. O. Nr. 2b) bemerkt: es müsse eine Verzögerung angenommen werden, wenn der Prozeß nach Eintritt der Rechtsnachfolge nicht sogleich aufgenommen werde, so ist dieß nur insoweit richtig und wohl auch nicht anders gemeint (wie das Folgende zeigt), als der Prozeßgegner nicht gezwungen ist, den Rechtsnachfolgern erst eine Frist zur freiwilligen Aufnahme vorzusetzen. (Dagegen s. Petersen a. a. O. S. 498 Note 1.)

3) Dem Falle des Todes einer Partei steht der Fall der Todeserklärung gleich, soweit das Civilrecht diese Gleichstellung ausspricht. Ueber den Fall eines erblosen Nachlasses, dem ein Kurator bestellt ist, s. §. 220.

4) Nach §. 217 Abs. 3 muß der die Ladung enthaltende Schriftsatz den Rechtsnachfolgern selbst zugestellt werden. Es fragt sich nun, welche Art der Zustellung durch diese ausdrückliche Bestimmung ausgeschlossen werden wollte? Uebereinstimmend behaupten L. Seuffert (a. a. O. Nr. 5) und Petersen (a. a. O. S. 497 Nr. 2), es solle nur die Zustellung an den Testamentsvollstrecker, das Erbschaftsgericht oder im Sterbehause ausgeschlossen werden. Allein das hieße dem Gesetzgeber einen Kampf gegen Windmühlen zutrauen. Denn nirgends ist eine Zustellung dieser Art zugelassen; weßhalb also sie ausdrücklich verbieten? Struckmann-Koch (a. a. O. §. 217 Nr. 3) stellen die Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten des Verstorbenen in Gegensatz zu der an die Rechtsnachfolger selbst, ohne zu bedenken, daß beim Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten des Verstorbenen die Unterbrechung und folglich die Anwendung des §. 217 gar nicht eintritt (§. 223). Auf die wahre Meinung des Gesetzgebers scheinen mir die Motive zu §§. 155—157 des Entw. hinzuführen, wo es heißt: „Er (der Entwurf) kennt, abgesehen vom Falle der §§. 209, 215 nirgends eine doppelte Zustellung" (offizielle Ausgabe S. 149). So scheint mir die Bestimmung des §. 217 Abs. 3 sich auf den Fall zu beziehen, wo die Rechtsnachfolger, ohne den Prozeß nach §. 227 aufgenommen zu haben, einen Prozeßbevollmächtigten bestellten, und für diesen Fall gegenüber §. 162 die Zustellung an die Rechtsnachfolger selbst vorzuschreiben, ohne die an ihren Prozeßbevollmächtigten überflüssig zu machen.

Die Ersatzzustellung aber (§§. 166—168) sollte dadurch allerdings nicht ausgeschlossen sein.

Die Bestimmung der Ladungsfrist durch den Vorsitzenden ist eine Abweichung von der Vorschrift des §. 194 bezüglich des Minimums.

5) Das Ausbleiben der Rechtsnachfolger in dem zur Aufnahme des Verfahrens und zur Verhandlung über die Hauptsache bestimmten Termine hat auf Antrag Versäumnißurtheil gegen die Rechtsnachfolger insoweit zur Folge, als das Verfahren von ihnen als aufgenommen erklärt wird. In der Hauptsache darf in diesem Falle kein Versäumnißurtheil erlassen werden. Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Termine und gestehen sie die Rechtsnachfolge zu, so kann sogleich in die Verhandlung der Hauptsache eingetreten werden. Widersprechen sie die Behauptung ihrer Rechtsnachfolger, so kann die Verhandlung über die Hauptsache zwar ebenfalls angeordnet und die Gegenpartei zum Beweise der Rechtsnachfolge neben dem ihrer anderweitigen Behauptungen zugelassen werden. Allein in diesem Falle wird sich regelmäßig die Beschränkung der Verhandlung auf die Behauptung der Rechtsnachfolge gemäß §. 137 empfehlen.

Ist die Einspruchsfrist gegen das Versäumnißurtheil, welches die Rechtsnachfolge festgestellt, abgelaufen, so kann dagegen kein Rechtsmittel mehr ergriffen werden (§§. 474, 529).

6) Wenn die Rechtsnachfolger freiwillig das Verfahren aufnehmen, so findet §. 217 keine Anwendung. Es kann in diesem Falle insbesondere gegen sie in der Sache selbst Versäumnißurtheil erlassen werden, wenn sie im Verhandlungstermine nicht erscheinen.

---

§. 218. (§. 210 des Entw.)

Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei wird das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft, unterbrochen, bis dasselbe nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen oder das Konkursverfahren aufgehoben wird.

Motive: „Wird der Konkurs ganz aufgehoben, so kann selbstredend jeder Theil das Verfahren wieder aufnehmen".

1) Wann der Konkurs eröffnet sei, bestimmt sich nach den §§. 94—106 der Konkursordnung (vgl. hiezu v. Völderndorff, Kommentar).

2) Die Konkurseröffnung bewirkt eine Unterbrechung des Verfahrens

nur dann und nur insoweit, als es die Konkursmasse betrifft. Hierüber vgl. die eingehende Darstellung bei v. Völderndorff, Kommentar S. 45—85.

3) Die Unterbrechung des Verfahrens in Folge der Konkurseröffnung hört auf:

a) sobald das Verfahren nach den Bestimmungen der Konkursordnung aufgenommen ist. Diese Bestimmungen sind enthalten in §§. 8, 9, 132 Abs. 2, 134 Abs. 3. (Vgl. hiezu die klaren und umfassenden Erläuterungen in von Völderndorff's Kommentar.) Die Konkursordnung unterscheidet, ob ein Rechtsstreit für oder gegen den Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung anhängig ist, und bestimmt bezüglich der ersteren Alternative ganz allgemein, daß sie von dem Konkursverwalter aufgenommen werden können und daß im Falle der Aufnahmeverzögerung §. 217 der CPO. Anwendung findet. Uebrigens kann der Konkursverwalter die Aufnahme ablehnen und dann steht das Recht zur Aufnahme sowohl dem Gemeinschuldner als dem Gegner desselben zu. (Hiezu insbes. v. Völderndorff a. a. O. I. Abth. S. 147 g und S. 149 i.) Für die zweite Alternative beschränkt §. 9 der Konkursordnung die Möglichkeit der Wiederaufnahme subjektiv auf den Konkursverwalter und bezw. den Prozeßgegner objektiv auf solche Rechtsstreitigkeiten, welche auf Aussonderung eines Gegenstandes aus der Konkursmasse oder auf abgesonderte Befriedigung gerichtet sind oder einen Anspruch betreffen, welcher als Masseschuld zu erachten ist (§§. 35—38, 39—45, 50—53; v. Völderndorff a. a. O. Abth. I S. 150 l. m. S. 151 n).

Abgesehen von den Fällen der §§. 8 und 9 kennt die Konkursordnung die Aufnahme des Verfahrens noch zum Zwecke der Feststellung bestrittener Konkursforderungen in §. 132 Abs. 2 und §. 134 Abs. 3.

Die Form der Aufnahme des Verfahrens richtet sich gemäß §. 65 der Konkursordnung nach §. 227 der CPO.

b) sobald das Konkursverfahren aufgehoben wird. Wann dieß der Fall sei, bestimmen die §§. 105, 151, 152, 175, 188—192. Wird das Konkursverfahren aufgehoben, so hört mit der Aufhebung von selbst die Unterbrechung auf, ebenso wie sie mit der Konkurseröffnung von selbst eintrat. Eine Wiederaufnahme nach §. 227 ist hier überflüssig. Dieß wurde durch Annahme des Antrags Struckmann: die in §. 210 des Entwurfs fehlenden Worte des §. 218 „oder . . . aufgehoben wird" einzustellen unter ausdrücklicher Bestätigung des Regierungskommissärs in der Justizkommission anerkannt (Komm.-Prot. S. 76). Uebrigens ist in den §§. 105, 151, 175, 191 die als Zustellung geltende (§. 68 Abs. 3 der Konkursordnung) öffentliche Bekanntmachung der Aufhebung des Konkurses vorgeschrieben.

4) Obwohl nach den Bestimmungen der Konkursordnung, wie gezeigt, die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens nur in beschränktem Umfange zulässig ist, erstreckt sich die Unterbrechung selbst doch auf alle die Konkursmasse betreffenden Rechtsstreitigkeiten des Gemeinschuldners, d. h. auch auf solche, deren Aufnahme nicht möglich ist, nämlich jene, welche eine persönliche Forderung gegen den Gemeinschuldner betreffen, die zur Masse anzumelden ist (Komm. Prot. S. 76).

5) Der Umstand, daß der Gemeinschuldner vor Beginn des Konkurses von einem Prozeßbevollmächtigten in dem Rechtsstreite vertreten war, schließt im Gegensatze zu §. 223 die Unterbrechung des Verfahrens nicht aus.

6) Die durch die Konkurseröffnung wie die durch den Tod einer Partei erfolgte Unterbrechung des Verfahrens ist als eine Unterbrechung anhängiger Prozesse vom Gesetzgeber gemeint. Die Fassung des Gesetzes, wonach von Unterbrechung des Verfahrens die Rede ist, könnte sich auch auf das Vollstreckungsverfahren beziehen. Daß dieses aber nicht gemeint sein kann, ergibt schon §. 217 Abs. 2, 4, denn das Vollstreckungsverfahren kennt keine Ladung zur Verhandlung, keine Verhandlung und kein Versäumnißurtheil. Außerdem lassen die §§. 8, 9 der Konkursordnung ersehen, daß das Gesetz bei seiner Bestimmung über die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens nur Rechtsstreitigkeiten im Auge hat. Dazu kommen die §§. 220 bis 227, welche sämmtlich deutlich darauf hinweisen, daß der Gesetzgeber in diesem Titel unter „Verfahren" sich das Streitverfahren gedacht hat. („Anwaltsprozeß" §. 221 Abs. 1. „Verhandlung zur Hauptsache" §. 221 Abs. 2. 223 Abs. 2. „Prozeßgericht" §. 225 Abs. 1. „Schriftsatz" §. 227.) Ergeben sich aus Anlaß des Vollstreckungsverfahrens Rechtsstreitigkeiten, so werden diese, soweit sie die Konkursmasse betreffen, durch die Konkurseröffnung allerdings unterbrochen, können aber gemäß §. 9 der Konkursordnung wieder aufgenommen werden. (Vgl. §. 667, 686). Nur die Konkursgläubiger (§. 2 der Konkursordnung) können nach der Konkurseröffnung gemäß §. 11 der Konkursordnung das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht fortsetzen und zwar weder gegen die Konkursmasse noch gegen das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners, so lange das Konkursverfahren dauert. (Vgl. v. Völderndorff a. a. O. S. 158 ff. Dagegen Hauser, Ztschr. für Reichs- und Landesrecht Bd. III S. 468 ff. Aber s. auch Petersen a. a. O. S. 501 f., der, wenn auch aus ferner liegenden Gründen, zu dem hier vertretenen Resultate gelangt, und v. Völderndorff a. a. O. S. 129 ff.)

---

§. 219. (211 des Entw.)

Verliert eine Partei die Prozeßfähigkeit oder stirbt der gesetzliche Vertreter einer Partei oder hört die Vertretungsbefugniß desselben auf, ohne daß die Partei prozeßfähig geworden ist, so wird das Verfahren unterbrochen, bis der gesetzliche Vertreter oder der neue gesetzliche Vertreter von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht, oder bis der Gegner seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, dem Vertreter anzeigt.

§. 220. (§. 212 des Entw.)

Wird im Falle der Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei für den Nachlaß ein Kurator bestellt, so kommen die Vorschriften des §. 219 und, wenn über den Nachlaß der Konkurs eröffnet wird, die Vorschriften des §. 218 in Betreff der Aufnahme des Verfahrens zur Anwendung.

1) Zu §. 219:

a) Verlust der Prozeßfähigkeit tritt ein in Folge von Geisteskrankheit oder gerichtlicher Interdiktion als Verschwender. Ersterenfalls ist die Durchführung des Entmündigungsverfahrens natürlich nicht erst die Voraussetzung des Verlustes der Prozeßfähigkeit.

b) Die Vertretungsbefugniß des gesetzlichen Vertreters einer prozeßunfähigen Partei kann aufhören: durch Remotion des Vormunds oder Kurators, durch Enthebung desselben auf seinen Antrag, durch Erneuerung des Vorstandes einer juristischen Person (Gemeinde, Aktiengesellschaft), durch die Rechtskraft eines die bürgerlichen Ehrenrechte dem Vormunde oder Kurator aberkennenden Strafurtheils (RStGB. §§. 34, 36) oder durch sonst eintretende Unfähigkeit desselben (Geisteskrankheit). Ueber den Begriff des gesetzlichen Vertreters und die Fälle, wo ein solcher nothwendig ist, s. o. zu §§. 50, 51 Motive und Erläuterungen.

c) In welchem Verhältniß steht §. 219 zu §. 55? Es ist zunächst klar, daß von der Befugniß des §. 55 resp. von der dort ausgesprochenen Verpflichtung keine Rede sein kann, wo es sich um einen anhängigen Prozeß handelt, während dessen der gesetzliche Vertreter stirbt oder die Vertretungsbefugniß verliert. Hiefür ist eben §. 219 ausschließlich maßgebend. Allein es fragt sich, ob der Tod eines nach §. 55 aufgestellten Prozeßkurators oder der Verlust seiner Vertretungsbefugniß (Geisteskrankheit, Strafurtheil) eine Unterbrechung des Verfahrens herbeiführt. Diese Frage ist zu bejahen, weil der nach §. 55 aufgestellte Kurator ein gesetzlicher Vertreter ist, so gut wie der auf Grund civilrechtlicher Bestimmung für irgend eine Vermögensangelegenheit ernannte Spezialkurator. Und zwar tritt die Unter-

brechung auch dann ein, wenn der Prozeßkurator dadurch seine Vertretungsbefugniß verliert, daß der eigentliche gesetzliche Vertreter in den Prozeß eintritt. Die Meinung (Puchelt's a. a. O. S. 516), daß in diesem Falle eine Unterbrechung nicht stattfinde, weil er dem Falle gleich sei, wo die Vertretungsbefugniß des gesetzlichen Vertreters wegen Prozeßfähigkeit des Vertretenen aufhört, halte ich nicht für begründet, denn in der That wird hier der Vertretene nicht prozeßfähig und der Eintritt eines anderen gesetzlichen Vertreters schützt ja gegen die Unterbrechung auch sonst nicht. Auch die Fassung des §. 55 Abs. 1 läßt sich hiegegen nicht anführen. Denn die Worte „bis zu dem Eintritte des gesetzlichen Vertreters" bezeichnen nur die Grenze der Vertretungsbefugniß des Prozeßkurators, bestimmen aber über die Frage der Unterbrechung des Verfahrens und die Form des Eintrittes des gesetzlichen Vertreters in den Prozeß nichts.

d) Als Verlust der Vertretungsbefugniß ist es auch anzusehen, wenn eine juristische Person zu existiren aufhört und zugleich in eine andere übergeht (vgl. zu §. 217 Nr. 1). Hört eine juristische Person zu existiren auf, ohne zugleich von einer andern fortgesetzt zu werden, so fragt sich zunächst, wer als Rechtsnachfolger derselben erscheint. Gegen und für diesen läuft in Ermangelung anderweiter Bestimmung das Verfahren ununterbrochen fort. Ist ein Rechtsnachfolger überhaupt nicht vorhanden, dann wird das Verfahren gegen und bezw. für diejenigen von Neuem zu beginnen sein, welche einen Antheil an dem Vermögen der juristischen Person erhalten.

e) Eine Unterbrechung tritt nicht ein, wenn die Vertretungsbefugniß des gesetzlichen Vertreters wegfällt, während die Partei gleichzeitig prozeßfähig wird. Nothwendig ist nicht, daß die Prozeßfähigkeit der Partei der Grund des Aufhörens der Vertretungsbefugniß sei, obwohl dieser Fall zunächst gemeint sein dürfte (z. B. wenn der Vormund die Vertretungsbefugniß verliert, weil der Mündel großjährig wird). Demnach tritt auch eine Unterbrechung dann nicht ein, wenn z. B. der Curator furiosi durch eigene Geisteskrankheit die Vertretungsbefugniß verliert, während gleichzeitig der furiosus gesundet. (Anders die bayr. CPO. Art. 491 Ziff. 3.) Uebrigens scheint mir der Satz des §. 219 „ohne daß . . . geworden ist" sich ebenso auf die Alternative „oder stirbt der gesetzliche Vertreter" wie auf die folgende zu beziehen, m. a. W.: auch dann tritt keine Unterbrechung ein, wann die Partei gleichzeitig mit dem Tode des gesetzlichen Vertreters prozeßfähig wird. (A. M. wie es scheint L. Seuffert a. a. O. §. 219 Nr. 1; Puchelt a. a. O. S. 516; Struckmann-Koch §. 219 Nr. 1; vgl. aber Hannov. Prot. S. 1223).

f) In allen Fällen des §. 219 dauert die Unterbrechung des Verfah-

rens so lange, bis der gesetzliche Vertreter (wenn die Partei die Prozeßfähigkeit verliert) oder der neue gesetzliche Vertreter (wenn der bisherige stirbt oder die Vertretungsbefugniß verliert) dem Gegner von seiner Bestellung durch Zustellung eines Schriftsatzes (§. 227) Anzeige macht, oder bis der Gegner — gleichviel welcher Unterbrechungsgrund des §. 219 vorliegt — dem Vertreter durch Zustellung eines Schriftsatzes (§. 227) seine Absicht anzeigt, das Verfahren fortzusetzen. Mit diesem Zeitpunkt erlöschen die Wirkungen des §. 226.

g) Solange ein gesetzlicher Vertreter in den Fällen des §. 219 nicht oder nicht von Neuem aufgestellt ist, gibt es für den Prozeßgegner kein prozessualisches Mittel, die Fortsetzung des unterbrochenen Verfahrens zu erzwingen (vgl. oben zu §. 55 Nr. 1 S. 204; Petersen a. a. O. S. 503 Nr. 1 a. E.; Motive zu §. 211 des Entw.: „Man hat von einer solchen Vorschrift abgesehen, weil sie tief und ohne Noth in die Rechte der Partei eingreifen würde". Offizielle Ausgabe S. 177; Kortkampf'scher Abdruck S. 462.) Es bleibt dem Gegner nichts übrig als auf die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters außerhalb des Prozesses hinzuwirken.

h) Wo wegen Prozeßfähigkeit der Partei eine Unterbrechung nicht eintritt, laufen alle Fristen fort und behalten alle gegnerischen Prozeßhandlungen ihre Wirksamkeit (§. 227). Wird daher beispielsweise eine minderjährige Partei im Laufe des Prozesses großjährig, so kann gegen sie, wenn sie im nächsten Termine, zu dem noch der Vormund die Ladung erhalten hat, nicht erscheint, Versäumungsurtheil genommen werden.

i) Der §. 219 hat eine Eventualität gänzlich unentschieden gelassen. Wie soll es sich nämlich verhalten, wenn der gesetzliche Vertreter stirbt oder die Vertretungsbefugniß verliert, die Partei aber nicht gleichzeitig, sondern später, jedoch vor Bestellung eines neuen Vertreters die Prozeßfähigkeit erlangt? Oder wie, wenn die Partei prozeßunfähig wird, vor Aufstellung des gesetzlichen Vertreters aber die Prozeßfähigkeit wiedererlangt? Wenn in diesen gewiß nicht ungewöhnlich seltenen Fällen die Praxis nicht die Möglichkeit der Fortsetzung des Verfahrens durch Anzeige an die prozeßfähige Partei selbst nach Analogie des §. 219 anerkennen würde, so würde diese Lücke des Gesetzes zu den bedenklichsten Unbilligkeiten und Prozeßverzögerungen führen. Ja man wird angesichts des §. 235 Ziff. 1 zu dieser Anerkennung gezwungen. Denn sonst wäre durch die Einrede der Rechtshängigkeit die prozeßfähig gewordene Partei, gegen die von Neuem Klage gestellt werden sollte, in der Lage, jede Klage zu elidiren.

k) Findet eine Vertretung der Partei bezw. des gesetzlichen Vertreters durch einen Prozeßbevollmächtigten statt, so tritt gemäß §. 223 eine Unterbrechung des Verfahrens auch hier nicht ein (§. 217).

2) Zu §. 220:

a) Im Verhältnisse zu §. 217 ist §. 220 als anwendbar zu denken, wenn für den Nachlaß ein Kurator bestellt ist, gleichviel, ob die Rechtsnachfolge eingetreten ist oder nicht. Es handelt sich also nicht allgemein um die cura hereditatis jacentis; denn z. B. das preußische Recht kennt keine hereditas jacens (vgl. Förster, preuß. Pr.R. Bd. IV §§. 243 Note 22 und §. 268). Unter welchen Voraussetzungen die Bestellung eines curator hereditatis jacentis Platz greift, bestimmt das Civilrecht. Für das Gemeine Recht Windscheid, Pand. §. 447 Note 4 und §. 554 Note 9. Seuffert, prakt. Pand.-Recht §. 514 und §. 564 a. E. Aus den Partikularrechten vgl. Preuß. Landrecht Th. I Tit. 9 §§. 471 ff., Tit. 17 §§. 159 ff. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §. 89. Bayr. Landr. Th. III cap. I §§. 12, 13. Code civil Art. 811—814. Sächs. bürgerl. Ges.-Buch §§. 2247, 2248.

Die Beziehung des §. 220 auf §. 219 ergibt, daß bei Aufstellung eines Nachlaßkurators die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens nicht durch Ladung der Rechtsnachfolger, sondern durch Anzeige des Kurators an den Gegner von seiner Bestellung oder durch Anzeige des Gegners an den Kurator von seiner Absicht, das Verfahren fortzusetzen, erfolgt. Ist ein Prozeßbevollmächtigter des Verstorbenen vorhanden, so findet keine Unterbrechung statt und folgegemäß §. 220 keine Anwendung.

b) Die Wiederaufnahme des durch den Tod einer Partei unterbrochenen Verfahrens erfolgt in Gemäßheit der Bestimmungen der Konkursordnung, wenn über den Nachlaß des Verstorbenen der Konkurs eröffnet wird und das Verfahren die Konkursmasse betrifft. Ist die letztere Voraussetzung nicht vorhanden, so kann §. 220 nicht zutreffen, weil angesichts der §§. 8, 9 der Konkursordnung die Aufnahme durch den Konkursverwalter als möglich gedacht ist, während diesem ein Verfügungsrecht über Gegenstände, die nicht zur Konkursmasse gehören, nach §. 5 der Konkursordnung nicht zusteht.

Hatte der Verstorbene einen Prozeßbevollmächtigten, so tritt ohnehin im Falle der Konkurseröffnung über den Nachlaß §. 218 in Wirksamkeit, da in diesem Falle durch den Tod selbst die Unterbrechung des Verfahrens nicht bewirkt wird (§. 223 vgl. zu §. 218 Nr. 5).

c) Wann und wie der Konkurs über einen Nachlaß eröffnet wird, regeln die §§. 202—206 der Konkursordnung.

d) Wenn durch den Tod einer Partei das Verfahren unterbrochen und über den Nachlaß der Konkurs eröffnet ist, der Konkurs aber vor Aufnahme des Verfahrens gemäß §. 220 aufgehoben wird, hört dann nach Analogie des §. 218 die Unterbrechung auf oder ist dann das Verfahren nach §. 217 aufzunehmen?

Das Letztere wird anzunehmen sein. Denn, wenn das Gesetz in §. 220 nur bezüglich der Aufnahme des Verfahrens die Anwendung des §. 218 anordnet, so geschieht dieß, weil das Verfahren bereits durch den Tod unterbrochen ist und nicht eine zweite Unterbrechung stattfinden kann durch Konkurseröffnung. Wird nun der Konkurs ohne vorgängige Aufnahme das Verfahrens aufgehoben, so fällt der Grund für die Anwendung des §. 218 behufs Aufnahme des Verfahrens hinweg. Bestehen bleibt aber die durch den Tod eingetretene Unterbrechung. Somit ist kein anderer Weg zur Aufnahme gegeben als der des §. 217. —

---

§. 221. (§. 213 des Entw.)

Stirbt in Anwaltsprozessen der Anwalt einer Partei oder wird derselbe unfähig, die Vertretung der Partei fortzuführen, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein, bis der bestellte neue Anwalt von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht.

Wird diese Anzeige verzögert, so kann die Partei selbst zur Verhandlung der Hauptsache geladen oder zur Bestellung eines neuen Anwalts binnen einer von dem Vorsitzenden zu bestimmenden Frist aufgefordert werden. Wird dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so ist das Verfahren als aufgenommen anzusehen. Bis zur nachträglichen Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts können alle Zustellungen an die zur Anzeige verpflichtete Partei, sofern diese weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks wohnt, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, durch Aufgabe zur Post (§. 161) erfolgen.

1) Außer dem Tode des Anwalts führt auch der Eintritt seiner Unfähigkeit zur Fortführung der Parteivertretung die Unterbrechung des Verfahrens herbei. Zweifelhaft erscheint, ob das Gesetz unter Unfähigkeit die rechtliche und thatsächliche Unfähigkeit verstanden wissen wollte. Da das Gesetz hier nicht unterscheidet, so wird die Frage zu bejahen sein. Dagegen können die Motive zu §. 213 des Entw. nicht geltend gemacht werden, welche bemerken: „der Anwaltszwang bringt es mit sich, daß der Tod des Anwalts oder das gänzliche oder theilweise Ausscheiden desselben aus der Anwaltschaft die Partei momentan unvertheidigt und unvertreten macht." Denn einmal wäre hiedurch die faktische Unfähigkeit als Unterbrechungsgrund noch immer nicht ausgeschlossen; sodann treffen diese Motive schon deshalb

nicht zu, weil es ein theilweises Ausscheiden des Anwalts aus der Anwaltschaft inhaltlich der Rechtsanwaltordnung vom 1. Juli 1878 gar nicht gibt. Auch das spricht nicht für die Beschränkung des Unfähigkeitsbegriffs auf die rechtliche Unfähigkeit, daß frühere Gesetze und Entwürfe, auf welchen die CPO. fußt, diese Beschränkung enthielten. (Vgl. Petersen a. a. O. S. 505 Anm. 1). Denn gerade deshalb muß angenommen werden, der Gesetzgeber habe im Gegensatz zu diesen früheren legislatorischen Arbeiten sich des allgemeinen Wortes „Unfähigkeit" ohne Beschränkung bedient.

Rechtliche Unfähigkeit zur Fortführung der Parteivertretung tritt ein durch Austritt oder Ausschließung aus der Anwaltschaft, durch Aufhören der Zulassung bei dem Prozeßgerichte. In diesen Beziehungen enthält die Rechtsanwaltsordnung die maßgebenden Bestimmungen (vgl. RAO. §§. 21—24, 63 Ziff. 4, 96).

Faktische Unfähigkeit ist anzunehmen, wenn dem Rechtsanwalt körperliche oder geistige Krankheit die Ausübung seines Berufes unmöglich machen, ohne daß für seine Stellvertretung gesorgt ist (RAO. §. 25. S. Puchelt a. a. O. S. 518 Nr. 3).

Findet eine Vertretung derselben Partei durch mehrere Rechtsanwälte statt, so ist die Unterbrechung nur möglich, wenn die mehreren Anwälte sterben oder zur Vertretung unfähig werden, da nach §. 80 dem Gegner gegenüber jeder einzelne zur Vertretung der Partei berechtigt ist.

Die Unterbrechung tritt ein ohne Rücksicht darauf, ob das Gericht oder der Gegner von der Voraussetzung derselben Kenntniß haben (vgl. oben zu §. 217 Nr. 2).

Im Parteiprozesse hat der Tod oder die Unfähigkeit des Anwalts oder sonstigen Prozeßbevollmächtigten auf das Verfahren keinen Einfluß. Faktisch kann zwar auch hier die Partei, welche z. B. weit entfernt vom Gerichtssitze wohnt, durch den Tod ꝛc. des Bevollmächtigten dem Gegner unvertheidigt gegenüberstehen. Allein in diesen Fällen hat der Richter es doch häufig in der Hand, durch Anwendung des §. 206 der Billigkeit Rechnung zu tragen.

2) Die Unterbrechung des Verfahrens dauert, bis ein neuer Anwalt bestellt ist und dieser von der Bestellung dem Gegner d. i. dem gegnerischen Anwalt Anzeige (§. 227) macht.

Einer Verzögerung dieser Anzeige und folgerichtig auch der Anwaltsbestellung kann auf prozessualem Wege entgegengewirkt werden (im Gegensatz zu §§. 219 vgl. oben zu §§. 219, 220 Nr. 1 g), und zwar auf doppeltem Wege:

a) Entweder lädt der Gegner die säumige Partei selbst zur Verhandlung in der Hauptsache, indem er sich hiezu einen Termin bestimmen

läßt; die Ladung hat die Aufforderung zur Anwaltsbestellung zu enthalten (§§. 191—193). Eine Anzeige von dieser Bestellung ist hier nicht absolutes Erforderniß. Wenn der Gegner in dem Termine durch einen Anwalt erscheint, so ist schon die Fortsetzung des Verfahrens erreicht. Die Unterbrechung und ihre Wirkungen hören auf. Selbstverständlich tritt aber schon für die Ladung §. 226 Abs. 2 außer Wirksamkeit. Erscheint daher der Gegner in dem Termine nicht resp. nicht durch einen Anwalt, so ist auf Antrag gegen ihn Versäumungsurtheil in der Hauptsache zu erlassen vorbehaltlich der Abweisung dieses Antrags aus §. 300. (Anders §. 217 Abs. 4.)

b) Oder der Gegner erbittet von dem Vorsitzenden des Gerichts die Festsetzung einer Frist zur Aufstellung eines neuen Anwalts durch den Gegner und zur Anzeige dieser Aufstellung. Mit der Aufforderung zur Aufstellung muß der Beschluß des Vorsitzenden, welcher die Fristsetzung enthält, zugestellt werden (§. 198 Abs. 1). Mit dem Ablaufe dieser Frist ist das Verfahren ipso jure als aufgenommen zu erachten.

Ob eine Verzögerung der Aufstellung eines neuen Anwalts vorliege, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen, wenn das Gegentheil in der Verhandlung behauptet wird.

Gegen die Abweisung des Gesuches um Festsetzung einer Frist durch den Vorsitzenden steht dem Imploranten nach §. 530 die Beschwerde zu.

3) Bis zur nachträglichen Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts erfolgen die Zustellungen an die säumige Partei selbst. Dies gilt insbesondere von der sub a erwähnten Ladung und von der sub b erwähnten Aufforderung. Die Stelle der nachträglichen Anzeige vertritt das Erscheinen eines Anwalts in dem sub a erwähnten Termine.

4) Die Fälle der Kündung der Prozeßvollmacht sind in §. 221 nicht inbegriffen (vgl. §. 83).

---

§. 222. (§. 214 des Entw.)

Hört in Folge eines Krieges oder eines anderen Ereignisses die Thätigkeit des Gerichts auf, so wird für die Dauer dieses Zustandes das Verfahren unterbrochen.

1) Voraussetzung der Unterbrechung nach §. 222 ist das Aufhören der Thätigkeit des Gerichts, die Motive nennen es justitium (vgl. oben S. 596 Ziff. 3). Welches die Ursache dieses Aufhörens sei, ist gleichgültig und

darum erscheint die Exemplifikation des Paragraphen durch Anführung des Kriegsfalles bedeutungslos. Der Tod des Amtsrichters, für den nicht sofort ein Stellvertreter eintritt, hat z. B. ebenso das Aufhören der Gerichtsthätigkeit zur Folge, wie es der Krieg zur Folge haben kann. Dieses Aufhören wird wohl regelmäßig durch amtliche Bekanntmachung festgestellt werden. Wo nicht, ist es eine Thatfrage, ob justitium vorlag oder nicht. Die Parteien, welche dann nicht handeln, thun dies auf eigne Gefahr.

2) Die Unterbrechung durch Aufhören der Gerichtsthätigkeit dauert bis zum Ende dieses Zustandes, d. h. sie hört in dem Augenblicke auf, in welchem das Gericht seine Thätigkeit wieder beginnt. In diesem Momente fallen die in §. 226 bezeichneten Wirkungen der Unterbrechung hinweg.

3) Der §. 36 Ziff. 1 bezieht sich nicht auf die Fälle der Unterbrechung des Verfahrens nach §. 222. Denn dort handelt es sich lediglich darum, das zuständige Gericht bestimmen zu lassen, wenn ein Rechtsstreit anhängig gemacht werden soll. Die Bezugnahme der Motive zu §. 36 (vgl. o. S. 155) auf §. 214 des Entw. d. i. auf §. 222 hat daher nur die Bedeutung, daß die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach §. 36 zulässig sein soll, wenn das an sich zuständige Gericht wegen rechtlicher oder thatsächlicher Behinderung nicht angegangen werden kann (a. M. ohne Begründung Petersen a. a. O. S. 508).

---

§. 223. (§. 215 des Entw.)

Fand in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit oder des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters (§§. 217, 219), eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten statt, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens nicht ein; das Prozeßgericht hat jedoch auf Antrag des Bevollmächtigten, im Falle des Todes auch auf Antrag des Gegners die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen.

Die Dauer der Aussetzung und die Aufnahme des Verfahrens richtet sich nach den Vorschriften der §§. 217, 219, 220; im Falle des Todes ist der die Ladung enthaltende Schriftsatz auch dem Bevollmächtigten zuzustellen.

Motive: „Daß die Ladung auch in diesem Falle den Nachfolgern selbst zugestellt werden soll, steht nicht im Widerspruche mit dem Grundsatze des §. 80 und empfiehlt sich besonders dann, wenn es streitig ist, welche Personen die Erben einer verstorbenen Partei sind, wobei dem System des

Entwurfs entsprechend lediglich dem Gegner überlassen bleibt, welche Personen er behufs der Reassumtion laden will (vgl. nordd. Prot. I S. 423). Daneben soll im Falle des Todes auch noch die Ladung des Bevollmächtigten erfolgen, weil erfahrungsmäßig in den meisten Fällen derselbe Prozeßbevollmächtigte beibehalten wird (nordd. Entw. §. 385). In Anwaltsprozessen muß die Ladung an die Partei dem Requisite des §. 185 genügen."

1) Die Befugniß des Prozeßbevollmächtigten zur Vertretung hört durch eine Veränderung in der Person des Vertretenen nicht auf (§. 82); deshalb ist eine Unterbrechung des Verfahrens bei Eintritt einer solchen Veränderung nicht nothwendig, wenn ein Prozeßbevollmächtigter den Prozeß führte. Wohl aber kann eine solche Unterbrechung wünschenswerth für den Prozeßbevollmächtigten und für die Rechtsnachfolger der Partei sein. Deshalb ist Aussetzung des Verfahrens auf Antrag des Bevollmächtigten zugelassen. Im Falle des Todes kann es auch unter Umständen dem Gegner nicht gleichgültig sein, mit wem er den Prozeß weiter zu führen hat; daher in diesem Falle auch Aussetzung auf Antrag des Gegners, damit dieser Zeit zur Orientirung gewinne. (Vgl. Motive zu §. 215 des Entw. Offizielle Ausgabe S. 177. Kortkampf'scher Abdruck S. 462.) Als Prozeßbevollmächtigter im Sinne des §. 223 gilt wohl auch der nach §. 85 zugelassene Vertreter.

Im Falle der Konkurseröffnung (§. 218) schützt die Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten nicht gegen die Unterbrechung.

2) Die Aussetzung erfolgt nicht auf bestimmte Zeit. Es wird nur nach dem in §. 225 beschriebenen Verfahren ausgesprochen, daß die Aussetzung stattfinde. Dem Gegner oder dem Rechtsnachfolger oder dem (neuen) gesetzlichen Vertreter bleibt es anheimgestellt, entweder nach §. 217 oder §. 219 das Verfahren wieder aufzunehmen, je nachdem als Grund der Unterbrechung der Fall des §. 217 oder §. 219 gegeben ist.

3) Im Falle der Aussetzung wegen Todes der Partei hat zum Zwecke der Aufnahme des Verfahrens die in §. 217 erwähnte Ladung doppelt zu geschehen, an den Prozeßbevollmächtigten und an die Rechtsnachfolger, wenn sie von dem Gegner ausgeht. (Vgl. zu §. 217 Nr. 4.)

4) Ueber die Wirkungen der Aussetzung vgl. §. 226.

5) Tritt der Prozeßbevollmächtigte nach der Aussetzung des Verfahrens für den Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei auf, so hat er Vollmacht desselben beizubringen (§. 82).

§. 224. (§. 216 des Entw.)

Befindet sich eine Partei zu Kriegszeiten im Militärdienste oder hält sich eine Partei an einem Orte auf, welcher durch obrigkeitliche Anordnung oder durch Krieg oder durch andere Zufälle von dem Verkehr mit dem Prozeßgericht abgeschnitten ist, so kann dasselbe auch von Amtswegen die Aussetzung des Verfahrens bis zur Beseitigung des Hindernisses anordnen.

1) Ob die Voraussetzungen der Aussetzung vorliegen, entscheidet das Gericht als Thatfrage. Sind sie vorhanden, so ist das Gericht befugt — nicht verpflichtet —, die Aussetzung ex officio anzuordnen. Aber auch auf Antrag ist selbstverständlich die Aussetzung zulässig. Das Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten hindert an sich die Aussetzung nicht, wenn auch in diesem Falle das Gericht weniger Veranlassung haben wird, die Aussetzung zu verfügen, wo nicht etwa persönliches Handeln der Partei nothwendig ist (Eidesleistung).

2) Die Aussetzung wird in Fällen dieses Paragraphen bis zur Beseitigung des Hindernisses angeordnet. Im Momente der Beseitigung hört die Wirkung der Aussetzung von selbst auf. Ein Aufnahmeverfahren ist nicht vorgeschrieben.

3) Ueber das Verfahren s. zu §. 225 Nr. 4.

---

§. 225. (§. 217 des Entw.)

Das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens ist bei dem Prozeßgerichte anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

1) Das Gesuch um Aussetzung ist bei dem Prozeßgerichte anzubringen. Prozeßgericht ist dasjenige Gericht, bei welchem zur Zeit des Gesuches der Prozeß anhängig ist oder werden soll, also z. B. das Gericht zweiter Instanz, wenn während des Laufes der Berufungsfrist und vor Erhebung der Berufung das Gesuch gestellt wird.

2) Das Gesuch kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt, demgemäß auch im Anwaltsprozesse von der Partei selbst angebracht werden (§. 74 Abs. 2).

3) Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Geschieht dies, so findet Zustellung des Aussetzungsbeschlusses gemäß §. 294 Abs. 3 von Amtswegen statt. Andernfalls hat Verkündung des Beschlusses stattzufinden (§. 294 Abs. 1). Erst mit der Zustellung bezw. der Verkündung existirt der Aussetzungsbeschluß für die Parteien. Seine Wirkungen beginnen erst in diesem Augenblicke.

4) Dieser Paragraph behandelt zwar ausdrücklich nur den Fall eines Gesuches um Aussetzung; allein ohne Zweifel gilt Abs. 2 auch für die Aussetzung von Amtswegen nach §. 224, denn eine obligatorische Mündlichkeit gibt es nur für die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit (§. 119).

5) Die Vorschriften des §. 225 sind seinem Wortlaute nach nicht beschränkt auf die Fälle des §. 223, 224. Sie werden daher auch in den sonstigen gesetzlich zulässigen Aussetzungsfällen (s. o. Motive zu diesem Titel S. 596) zur Anwendung kommen müssen.

6) Ueber das Rechtsmittel der Beschwerde gegen die Entscheidung s. §. 229.

---

§. 226. (§. 218 des Entw.)

Die Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens hat die Wirkung, daß der Lauf einer jeden Frist aufhört und nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Frist von neuem zu laufen beginnt.

Die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen sind der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung.

Durch die nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung wird die Verkündung der auf Grund dieser Verhandlung zu erlassenden Entscheidung nicht gehindert.

Motive: „In ihrem Erfolge stehen sich Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens durchaus gleich. Beide hemmen den Betrieb der Sache dergestalt, daß die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache (im Gegensatze zu den die Wiederaufnahme bezielenden Schritten, mit denen sich nur die Ladung zur Verhandlung der Hauptsache verbinden kann) vorgenommenen Prozeßhandlungen der rechtlichen Wirkung entbehren (Proz.-Ord. v. Bayern Art. 492, hannov. Entw. §. 216, nordd. Entw. §§. 381, 394); beide lassen den Lauf einer

jeden Frist, namentlich auch der Nothfristen, aufhören, so zwar, daß nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Frist von Neuem zu laufen beginnt."

1) Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens haben zwar die gleiche Wirkung auf den Fristenlauf, allein der Beginn dieser Wirkung ist in beiden Fällen verschieden. Die Wirkung der Unterbrechung beginnt mit der Thatsache, an welche sich die Unterbrechung knüpft; die Wirkung der Aussetzung mit der Verkündung oder Zustellung des Aussetzungsbeschlusses (s. zu §. 225 Nr. 3).

2) Hört die Unterbrechung oder Aussetzung wieder auf, so beginnt damit eine volle neue Frist zu laufen, deren Berechnung von dem Zeitpunkte des Aufhörens der Unterbrechung entweder nach §. 199 oder nach §. 200 geschieht, je nachdem eine nach Tagen zu berechnende Frist in Frage steht oder nicht. (Anderen Einfluß auf die Fristen haben die Gerichtsferien vgl. §. 201 Abs. 1.)

3) „Die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen" sind ohne rechtliche Wirkung. Aus dieser Fassung könnte man versucht sein durch arg. e contrario den Satz abzuleiten, daß Handlungen des Gerichtes während der Dauer der Unterbrechung oder Aussetzung rechtswirksam vorgenommen werden könnten, z. B. Beweisaufnahmen, Beschlußzustellungen (§. 294 Abs. 3). Allein diese Annahme würde dem ganzen Zwecke der Unterbrechung und Aussetzung widerstreiten, die Unterbrechung oder Aussetzung unter Umständen gänzlich illusorisch machen. Andere Gesetzgebungen hatten denn auch zur Bezeichnung der Wirkungen einer Unterbrechung oder Aussetzung eine glücklichere Fassung gewählt, welche die Unwirksamkeit der gerichtlichen Handlungen während der Unterbrechung oder Aussetzung unzweifelhaft machten, so die bayer. CPO. Art. 492, die württemb. CPO. Art. 293. In einem andern Sinne ist aber m. E. auch §. 226 Abs. 2 nicht zu verstehen. Es soll durch denselben nur hervorgehoben werden, daß die Parteihandlungen während der Unterbrechung oder Aussetzung ausschließlich der Gegenpartei gegenüber ohne rechtliche Wirkung sind, während die gerichtlichen Handlungen von beiden Parteien als unwirksam angefochten werden können, so daß also das Einverständniß der unvertretenen Partei die gerichtliche Handlung nicht der Anfechtbarkeit überhebt.

Die Unwirksamkeit auch der gerichtlichen Handlungen folgt aber aus den Begriffen der Unterbrechung und Aussetzung, wonach dieselben einen vorläufigen Stillstand des Verfahrens in seiner Totalität bedeuten, was insbesondere auch aus Abs. 1 sich ergibt. Denn da der Fristenlauf eine

Folge des Fortgangs des Verfahrens ist, so erscheint das Aufhören des Fristenlaufes als Folge einer Einstellung des Verfahrens überhaupt. (Vgl. Petersen a. a. O. S. 511, 512 Nr. 3; L. Seuffert a. a. O. zu §. 227 Nr. 1.)

Auf die Unwirksamkeit der Prozeßhandlungen, welche in Abs. 2 bezeichnet sind, können die Parteien verzichten; denn die Unterbrechung und Aussetzung sind Einrichtungen, welche nur im Parteiinteresse getroffen wurden. Ein solcher Verzicht wird auch nach §. 267 Abs. 1 präsumirt, wenn die rechtzeitige Rüge unterlassen ist.

4) Der dritte Absatz dieses Paragraphen handelt von der Unterbrechung allein, ist also auf die Aussetzung nicht anwendbar, wohl aber auch für diese völlig unpraktisch, da das Gericht, welches Aussetzung beschlossen hat, die Verkündung der Entscheidung ohnehin unterlassen wird, eben weil es dieselbe noch nicht vornehmen will. Denn die Aussetzung steht in seinem Ermessen. Sollte aber doch eine Verkündung nach der Aussetzung stattfinden, so könnte deren Giltigkeit nach der Fassung des Abs. 3 beanstandet werden. (S. L. Seuffert a. a. O. Nr. 2; Struckmann-Koch a. a. O. §. 226 Nr. 4; a. M. Petersen a. a. O. S. 512 II). Praktische Fälle der Aussetzung zwischen Schluß der Verhandlung und Verkündung der Entscheidung geben die §§. 140 und 580 an die Hand. Auch im Falle der Unterbrechung ist nur die Verkündung der Entscheidung, nicht etwa die Offizialzustellung derselben gestattet. (§§. 294, 582. Vgl. Puchelt a. a. O. S. 526.)

Der Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung, welcher für den Abs. 3 entscheidend ist, bestimmt sich nach §. 127 Abs. 4 (s. o. hiezu).

5) Die Anwendung des §. 226 erstreckt sich bei der Allgemeinheit seiner Fassung auch auf diejenigen Fälle der Aussetzung des Verfahrens, welche außerhalb dieses Titels zugelassen sind. (S. Motive zu diesem Titel oben S. 596.)

---

§. 227. (§. 219 des Entw.)

Die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens und die in diesem Titel erwähnten Anzeigen erfolgen durch Zustellung eines Schriftsatzes.

Motive: „Entsprechend dem Modus, in welchem der Prozeßbetrieb durch die Partei überhaupt vor sich geht, geschieht auch die Wiederaufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens, mag sie sich als förmliche Reassumtions-Erklärung oder als bloße Anzeige gestalten, sofern sie nicht

in der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Zugleich wird in dieser Form ein fester Zeitpunkt für die Beendigung der Unterbrechung und Aussetzung gewonnen, was rücksichtlich des damit zusammenfallenden Wiederbeginns der Fatalien durchaus unentbehrlich erscheint (vgl. Code de proc. art. 346, 347, Bayern Art. 494 Nr. 2, 535, Preuß. §§. 767, 771 Nr. 3, Sachs. §. 565, nordd. Entw. §. 383 und nordd. Prot. S. 426, 1498). Für Nichtanwaltsprozesse vgl. §. 443."

1) Im Parteiprozesse kann der Schriftsatz zum Zwecke der Aufnahme des Verfahrens auch dadurch zu Stande kommen, daß die Absicht der Ladung oder Anzeige nach §. 457 bezw. §. 462 zum Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt wird, der nach §. 458 die Zustellung besorgt.

2) Die in den abgedruckten Motiven angedeutete Entbehrlichkeit des Schriftsatzes für den Fall, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens in der mündlichen Verhandlung erklärt wird, kann sich nur auf den Fall beziehen, in welchem überhaupt die Zustellung von Schriftsätzen umgangen werden kann, nemlich auf den Fall des freiwilligen Erscheinens der Parteien an einem ordentlichen Gerichtstage im Parteiprozeß (§. 461).

Im Anwaltsprozesse ist es auch denkbar, daß die Parteien trotz der Unterbrechung vereinbarungsgemäß in dem schon vor deren Eintritt festgesetzten Termine durch Prozeßbevollmächtigte erscheinen und verhandeln; allein dann liegt nicht sowohl eine Aufnahme des Verfahrens, als ein Verzicht auf die Wirkungen der Unterbrechung bezw. Aussetzung (§. 226) vor (§. 267).

---

§. 228. (§. 220 des Entw.)

Die Parteien können vereinbaren, daß das Verfahren ruhen solle. Die Vereinbarung hat auf den Lauf der Nothfristen keinen Einfluß.

Erscheinen in einem Termine zur mündlichen Verhandlung beide Parteien nicht, so ruht das Verfahren, bis eine Partei eine neue Ladung zustellen läßt.

Motive: „Bei dem Ausbleiben beider Parteien in einem Termine tritt ein Ruhen des Prozesses nur dann ein, wenn dieser Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt war; in Terminen, welche zu anderen Zwecken stattfinden, wird das Verfahren, soweit es überhaupt möglich ist, unbedenklich und ohne in Widerspruch mit dem präsumtiven Willen der Parteien zu treten, fortgesetzt werden können, insbesondere ist deshalb die Verkündung

der gerichtlichen Entscheidungen (§§. 273, 284), sowie die Beweisaufnahme (§. 322) von der Anwesenheit der Parteien nicht abhängig. Die Vereinbarung der Parteien, daß das Verfahren ruhen solle, hemmt aber auch diese Thätigkeiten des Gerichts.

„Das von dem französischen Rechte [1]) eigenthümliche, auf einem Mißverständnisse des römischen Rechts (L. 13 C. de judic. 3, 1. Buchka, die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß II S. 52 ff.; Wetzell, Ed. II S. 907, 908 [2]) beruhende Institut des Erlöschens des Verfahrens (Peremtion der Instanz) ist in den Entwurf nicht übergegangen (vgl. hannov. Prot. S. 1249 ff., 5188 ff., Württemberg Motive a. a. O. S. 261, Verhandl. der bayer. Abg.-Kammer Beilagen-Bd. II Abth. 2 S. 174, 175)."

1) Die Vereinbarung, daß das Verfahren ruhen solle, ist an keinen Zeitpunkt des Verfahrens gebunden. Der Fortbetrieb des Verfahrens Seitens einer Partei trotz der Vereinbarung berechtigt die andere zur Einrede der vereinbarten Ruhe des Verfahrens, welche eine Ablehnung der weiteren Thätigkeit des Gerichts zur Folge hat. Die Vereinbarung bedarf keiner bestimmten Form, insbesondere keiner Anzeige an das Gericht. Sie kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit erfolgen. Ersteren Falls hat eine neue Ladung vor Ablauf der vereinbarten Zeit keine Wirkung. Letzterenfalls muß jedenfalls eine neue Ladung erfolgen, wenn das Verfahren weiter betrieben werden will. Eine Wiederaufnahme im eigentlichen Sinne findet nicht statt. Befindet sich das Verfahren im Stadium der Beweiserhebung, so bedarf es nur einer Verständigung des Gerichtes von dem Ende der Ruhe des Verfahrens, um dessen Thätigkeit zu veranlassen.

2) Die Vereinbarung hat zur Folge, daß alle Fristen, welche nicht Nothfristen sind, in ihrem Laufe gehemmt werden. Wie hiebei zu rechnen ist, wenn eine nach Tagen bestimmte Frist durch die Vereinbarung unterbrochen wird, ist nicht geregelt; da aber die Berechnung a momento ad momentum einer besonderen Bestimmung bedürfte, so wird der Tag der Vereinbarung mitzuzählen und der Tag der Fortsetzung des Verfahrens nicht zu rechnen sein (Petersen a. a. O. S. 516 nimmt dagegen Analogie des §. 226 Abs. 1 an). Die Einflußlosigkeit der Vereinbarung gilt auch für die Frist des §. 212 Abs. 1 (vgl. §. 212 Abs. 2 und oben zu §. 212 Nr. 1), da die Vereinbarung der Ruhe des Verfahrens einer Verlängerung der Frist durch Vereinbarung gleichkommen würde (vgl. Lothar Seuf-

---

[1]) Code de procédure civile Art. 397 ff.

[2]) Editio III S. 611, 612.

fert a. a. O. §. 228 Nr. 1; Petersen a. a. O. S. 516 Note 1. Dagegen Puchelt a. a. O. S. 529 Nr. 3). Wohl aber gilt §. 228 Abs. 1 auch für die Frist des §. 212 Abs. 3, soweit hier ein anhängiges Verfahren vorausgesetzt wird (§§. 304, 477, 514), während für den Fall des §. 549 wegen Mangels eines anhängigen Verfahrens das Ruhen desselben nicht vereinbart werden kann (a. M. Puchelt a. a. O.). Ist freilich die Restitutionsklage (§. 549) innerhalb der Nothfrist erhoben, dann kann wiederum §. 228 für das Restitutionsverfahren Platz greifen.

---

§. 229. (§. 221 des Entw.)

Gegen die Entscheidung, durch welche auf Grund der Vorschriften dieses Titels oder auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen die Aussetzung des Verfahrens angeordnet oder abgelehnt wird, findet Beschwerde, im Falle der Ablehnung sofortige Beschwerde statt.

1) „Andere gesetzliche Bestimmungen", auf Grund deren die Aussetzung des Verfahrens angeordnet werden kann, sind z. B. die in den Motiven zu diesem Titel genannten Bestimmungen der CPO. selbst (s. o. S. 596). Ferner gehören hieher die landesgesetzlichen Bestimmungen, welche durch das EG. zur CPO. aufrecht erhalten sind, falls sie die Aussetzung des Verfahrens zulassen (EG. z. CPO. §§. 3 Abs. 2, 15 Ziff. 1), endlich die Reichsgesetze, welche diese Norm enthalten. Diese Auffassung ist um so unzweifelhafter als ein von dem Abg. Struckmann in der Justizkommission gestellter Antrag auf folgende Aenderung des §. 229:

„Das Gericht kann nur auf Grund einer Bestimmung dieses Gesetzes die Aussetzung des Verfahrens anordnen.

„Gegen die Entscheidung, durch welche die Aussetzung angeordnet oder abgelehnt wird ꝛc."

abgelehnt wurde.

Auf der andern Seite hat jedoch die bei der Debatte hervorgetretene Anschauung des Reichskanzleramtsdirektors von Amsberg keine Berechtigung, wonach der Kaiser auch befugt sein solle, durch Verordnung die Aussetzung der Militärprozesse anzuordnen, wenn beim Ausbruche eines Krieges der Reichstag nicht einberufen werden könne. Mit Recht bemerkt hiezu Petersen (a. a. O. S. 518), daß die kaiserliche Verordnung nur einen dem §. 224 entsprechenden Zustand herbeiführen oder konstatiren könne.

2) Die Beschwerde bezw. sofortige Beschwerde steht beiden Parteien zu. Ueber erstere Beschwerde vgl. §§. 530 ff.; über die letztere §. 540.

(a. a. O. §. 228 Nr. 1; Petersen a. a. O. S. 516 Note 1. Dagegen Puchelt a. a. O. S. 520 Nr. 3). Wohl aber gilt §. 228 Abs. 1 auch für die Frist des §. 212 Abs. 3, soweit hier ein anhängiges Verfahren vorausgesetzt wird (§§. 304, 477, 514), während für den Fall des §. 549 wegen Mangels eines anhängigen Verfahrens das Ruhen desselben nicht vereinbart werden kann (s. W. Puchelt a. a. O.). Ist freilich die Restitutionsklage (§. 549) innerhalb der Notfrist erhoben, dann kann wiederum §. 228 für das Restitutionsverfahren Platz greifen.

---

§. 229. (§. 221 des Entw.)

Gegen die Entscheidung, durch welche auf Grund der Vorschriften dieses Titels oder auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen die Aussetzung des Verfahrens angeordnet oder abgelehnt wird, findet Beschwerde, im Falle der Ablehnung sofortige Beschwerde statt.

1) „Andere gesetzliche Bestimmungen“, auf Grund deren die Aussetzung des Verfahrens angeordnet werden kann, sind z. B. die in den Noten zu diesem Titel genannten Bestimmungen der CPO. selbst (s. o. S. 598). Ferner gehören hieher die landesgesetzlichen Bestimmungen, welche durch das EG. zur CPO. aufrecht erhalten sind, falls sie die Aussetzung des Verfahrens zulassen (vgl. z. B. EG. z. CPO. §§. 3 Abs. 2, 15 Ziff. 1), endlich die Reichsgesetze, welche diese Norm enthalten. Diese Auffassung ist um so unzweifelhafter als ein von dem Abg. Struckmann in der Justizkommission gestellter Antrag auf folgende Aenderung des §. 229:

„Das Gericht kann nur auf Grund einer Bestimmung dieses Gesetzes die Aussetzung des Verfahrens anordnen.

„Gegen die Entscheidung, durch welche die Aussetzung angeordnet oder abgelehnt wird 2c.“

abgelehnt wurde.

Auf der andern Seite hat jedoch die bei der Debatte herausgetretene Auffassung des Reichsjustizamtsdirektors von Amsberg keine Berechtigung, wonach der Kaiser auch befugt sein solle, durch Verordnung die Aussetzung der Militärprozesse anzuordnen, wenn beim Ausbruche eines Krieges der Reichstag nicht einberufen werden könne. Mit Recht bemerkt hiezu Petersen (a. a. O. S. 518), daß die fragliche Verordnung nur einen dem §. 224 entsprechenden Zustand herbeiführen oder konstatiren könne.

2) Die Beschwerde bezw. sofortige Beschwerde steht beiden Parteien zu. Ueber erstere Beschwerde vgl. §§. 530 ff.; über die letztere §. 540.

Bezold, Ernst / Bezold, Ernst / Völderndorff und Waradein, Otto <<von>>,

Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen

Bd.: 1,3,1

Erlangen 1878